

Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im Internationalen Privatrecht

Unter besonderer Würdigung des Entwurfs zu einem
schweizerischen IPR-Gesetz

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der

UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ANTON K. SCHNYDER

von Thalwil (ZH), Erschmatt und Bratsch (VS)

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Max Keller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Zürich 1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507219_0030

Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im Internationalen Privatrecht

Unter besonderer Würdigung des Entwurfs zu einem
schweizerischen IPR-Gesetz

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der

UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ANTON K. SCHNYDER

von Thalwil (ZH), Erschmatt und Bratsch (VS)

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Max Keller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 27. Mai 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 20 der Reihe

Schweizer Studien zum internationalen Recht

Herausgegeben von der schweizerischen Vereinigung für internationales Recht

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1981

Druck: ADAG Administration & Druck AG, Zürich

ISBN Nr. 3 7255 2155 7

Es ist mir eine angenehme Pflicht, meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Max Keller, für das mir während meiner Studien erwiesene Interesse und Wohlwollen meinen ergebensten Dank auszusprechen. Herr Prof. Keller ermöglichte mir als seinem Assistenten, mich eingehend in das Gebiet des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts einzuarbeiten, und erteilte mir viele wertvolle Ratschläge für die Dissertation. Danken möchte ich sodann weiteren Persönlichkeiten aus Wissenschaft und Praxis, die mir in vielen Fragen wichtige Informationen zukommen liessen. Herzlicher Dank gebührt meiner Frau Gabrielle und meiner Familie für die wohlwollende Unterstützung meiner Arbeit.

INHALT

Abkürzungsverzeichnis	XIV
Literaturverzeichnis	XVI

EINLEITUNG

BEDEUTUNG DER FREMDRECHTSANWENDUNG FUER DAS INTERNATIONALE PRIVATRECHT ALS GANZES	1
--	---

1. ABSCHNITT

BESTIMMUNG DER ZUSTAENDIGEN SACHRECHTSORDNUNG IM INTERNATIONALEN PRIVATRECHT	6
---	---

§ 1 Kollisionsrechtlicher Befehl	6
I. Grundsatz	6
II. Berufung fremden Rechts durch die Parteien (Fakultatives Kollisionsrecht)	15
§ 2 Offenlassen der Zuständigkeit eines bestimmten Rechts	20

2. ABSCHNITT

ERMITTLUNG DES ZUSTAENDIGEN FREMDEN RECHTS	23
§ 1 Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen oder auf Nachweis der Parteien	23
I. Charakterisierung des fremden Rechts als Tatsache oder als Rechtsnorm	23
1. Ueberholter Theorienstreit	23
2. Zur Beweisbedürftigkeit des zuständigen fremden Sachrechts	28
II. Ermittlung und Tragweite des kollisionsrechtlichen Befehls	35

III.	Positivrechtliche Regelung	40
1.	Rechtsvergleichender Ueberblick	40
a.	Nachbarstaaten der Schweiz	40
aa.	Bundesrepublik Deutschland	40
bb.	Oesterreich	41
cc.	Italien	42
dd.	Frankreich	44
b.	Weitere	45
aa.	USA	45
bb.	England	48
cc.	Spanien	49
dd.	Lateinamerika	50
ee.	Sozialistische Rechte osteuropäischer Staaten	51
ff.	Skandinavien	52
c.	Zusammenfassung	52
2.	Rechtslage in der Schweiz	53
a.	Bundesrecht	53
b.	Kantonale Prozessrechte	59
aa.	Zürich	59
bb.	Bern	60
cc.	Luzern	60
dd.	Uri	61
ee.	Schwyz	61
ff.	Obwalden	62
gg.	Nidwalden	62
hh.	Glarus	62
ii.	Zug	63
jj.	Freiburg	63
kk.	Solothurn	64
ll.	Basel-Stadt	64
mm.	Basel-Landschaft	64
nn.	Schaffhausen	65

oo.	Appenzell A.-Rh.	65
pp.	Appenzell I.-Rh.	66
qq.	St. Gallen	66
rr.	Graubünden	67
ss.	Aargau	67
tt.	Thurgau	67
uu.	Tessin	68
vv.	Waadt	68
ww.	Wallis	69
xx.	Neuenburg	69
yy.	Genf	70
zz.	Jura	70
c.	Zusammenfassung der kantonalen Regelungen	70
d.	Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz und eigener Vorschlag	71
§ 2	Feststellung des Inhalts des fremden Rechts	77
I.	Begriff und Gegenstand der Ermittlung fremden Rechts	77
II.	Fremdrechtsanwendung als Informationsproblem	78
1.	Allgemeines	78
2.	Elektronische Datenverarbeitung (EDV)	78
3.	Das Schweizerische Institut für Rechts- vergleichung	80
III.	Mittel zur Feststellung des Inhaltes fremden Rechts	81
1.	Gesetzestexte	83
2.	Entscheidungssammlungen	83
3.	Wissenschaftliche Werke und Fachzeitschriften	84
4.	Schriftliche Auskünfte	90
5.	Gutachten	95
IV.	Rechtspolitische Erwägungen zur Gerichtsorgani- sation in internationalen Rechtsfällen	99

§ 3	Nichtfeststellung des fremden Rechts	102
I.	Anforderungen an die Feststellung des Inhalts fremden Rechts	102
1.	Grundsatz	102
2.	Summarische Feststellung des fremden Rechts	107
II.	Folgen der Nichtfeststellung des fremden Rechts	108
1.	Abweisung der Klage und anderer Begehren	109
2.	Anwendung eines Ersatzrechts	112
a.	Bedeutung des Ersatzrechts	112
b.	Verwandtes Recht	113
c.	Lex fori	115
d.	Allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze	116
§ 4	Internationale Zuständigkeit und kollisionsrechtliche Anknüpfung in Abhängigkeit von der Ermittlung fremden Rechts	118
I.	Bevorzugung der lex fori	118
II.	Herrschaft der Parteien	119
III.	Qualifikation, Renvoi	120
IV.	Das "günstigere" Recht	121
V.	Offenlassen der Rechtsanwendungsfrage	123
VI.	Akzessorische Anknüpfung im Deliktsrecht	124
VII.	Nichtanwendung des zuständigen Rechts	124

3. ABSCHNITT

ANWENDUNG DES ZUSTAENDIGEN FREMDEN RECHTS	126
§ 1 Anwendbare Normbereiche der fremden Rechtsordnung	126
I. Privatrechtliche Normen	126
1. Grundsatz	126
a. Allgemeines	126
b. In Geltung stehendes Fremdrecht	128
2. Mögliche Normgruppen	136
a. Gesetzesrecht	136
b. Gewohnheitsrecht	136
c. Richterrecht	137
d. Transnationales Recht	138
e. Einheitsrecht	139
II. Oeffentlichrechtliche Normen	141
1. Oeffentliches Recht und Privatrecht	142
a. Zum Begriff des öffentlichen Rechts in der Fremdrechtsanwendung	142
b. Sog. "publicisation" des Privatrechts	144
2. Die Lehre von der Nichtanwendung ausländischen öffentlichen Rechts und deren Kritik	146
a. Territorialität des öffentlichen Rechts	146
b. "Lois politiques"	147
c. Privatrechtsfremde Interessen des öffentlichen Rechts	148

3.	Anwendung auch des öffentlichen Rechts	151
a.	Kollisionsrechtlicher Befehl	151
b.	Vorbehalt des Ordre public	153
c.	Resolution des Institut de Droit international und Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz	154
§ 2	Subsumtion des Sachverhalts unter das fremde Recht	156
I.	Massgeblichkeit der systematischen Einordnung im fremden Recht	156
1.	Sog. Qualifikation zweiten Grades	156
2.	Auslegung des fremden Sachrechts im besondern	159
a.	Grundsatz	159
b.	Ausnahmsweise Nichtbeachtung fremdrichterlicher Auslegung	164
II.	Aequivalenz von Rechtsinstituten	166
III.	Fremdes Kollisionsrecht	172
1.	Fremdes Internationales Privatrecht	172
2.	Fremdes interlokales Recht	178
3.	Fremdes interpersonales Recht	180
§ 3	Anpassung als modifizierte Fremdrechtsanwendung	183
I.	Das Problem	183
II.	Lösungsmöglichkeiten	188
1.	Kollisionsrechtlicher Ansatz	188
2.	Materiellrechtlicher Ansatz	191
III.	Zur sog. "wesenseigenen Zuständigkeit"	193

§ 4	Nichtanwendung des an sich zuständigen fremden Sachrechts (Ordre public)	196
I.	Ordre public im Verhältnis von lex fori und lex causae	196
1.	Allgemeines	196
2.	Konkretisierung des Ordre public im Verfassungsrecht	206
a.	Inländisches Verfassungsrecht	206
b.	Verfassungsrecht der lex causae	209
II.	Sonderanknüpfung	212
1.	Fragestellung	212
2.	Lösungsmöglichkeiten	213
a.	Innerhalb der lex causae	213
b.	Sonderanknüpfung ausländischer Eingriffsnormen	218
aa.	Allgemeines	218
bb.	Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz	225
cc.	Voraussetzungen und Durchführung der Sonderanknüpfung	230

4. ABSCHNITT

UEBERPRUEFUNG DER FREMDRECHTSANWENDUNG DURCH DIE OBERSTEN GERICHTE (REVISIBILITAET)	234
---	-----

§ 1	Lösungsmöglichkeiten	234
I.	Gegenstand der Ueberprüfung	234

II.	Umfang der Ueberprüfung	234
1.	Grundsätzliche Erwägungen	234
2.	Ueberprüfung der Anwendung von Kollisionsrecht	238
a.	Lex fori	238
b.	Fremdes Kollisionsrecht	239
c.	Offenlassen der Zuständigkeit eines bestimmten Rechts	240
3.	Ueberprüfung der Anwendung fremden Sachrechts	241
a.	Fremdes Recht als Tatsache oder als Rechtsnorm	241
b.	Kollisionsrechtlicher Befehl, Irreversibilität und Ausnahmen davon	241
4.	Ueberprüfung der Anwendung eines Ersatzrechts	244
§ 2	Positivrechtliche Regelung	245
I.	Rechtsvergleichender Ueberblick	245
1.	Einzelregelungen	245
a.	Nachbarstaaten der Schweiz	245
aa.	Bundesrepublik Deutschland	245
bb.	Oesterreich	247
cc.	Italien	247
dd.	Frankreich	248
b.	Weitere	249
2.	Zusammenfassung	250
II.	Rechtslage in der Schweiz	250
1.	Stand der Rechtsprechung	250
a.	Ueberprüfung der Anwendung von Kollisionsrecht	250

aa.	Lex fori	250
bb.	Fremdes Kollisionsrecht	254
cc.	Offenlassen der Zuständigkeit eines bestimmten Rechts	255
b.	Ueberprüfung der Anwendung fremden Sachrechts	257
aa.	Grundsatz	257
bb.	Ausnahmen	257
c.	Ueberprüfung der Anwendung eines Ersatzrechts	261
2.	Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz	261
Anhang:	Bestimmungen des Entwurfs zu einem schweizerischen IPR-Gesetz vom 30. Juni 1978 über die Fremdrechtsanwendung	265

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

(Zeitschriften werden, abgesehen von der RabelsZ, mit ihrem vollen Titel zitiert)

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	(Oesterreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Eidgenössischen Gesetze
Bd.	Band
Bde	Bände
BG	Bundesgesetz
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheid(e)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGr.	(Schweizerisches) Bundesgericht
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (v. 29. Mai 1874)
bzw.	beziehungsweise
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
d.i.	das ist
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EGBGB	(Deutsches) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
f	folgende
ff	fortfolgende
FS	Festschrift
Hg.	Herausgeber
insbes.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera(e)
N	Note
NAG	Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (v. 25. Juni 1891)
NF	Neue Folge
Nr.	Nummer
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development

OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (v. 16. Dezember 1943)
OGH	Oberster Gerichtshof
OR	(Schweizerisches) Obligationenrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Pri- vatrecht
S.	Seite
sc.	scilicet
Schweiz.	Schweizerische(r, s)
sog.	sogenannte(r, s)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.	und
u.a.	unter anderem(n)
u.ä.	und ähnliches
u.a.m.	und andere(s) mehr
UN	United Nations
USA	United States of America
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	vom, von
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
z.B.	zum Beispiel
ZGB	(Schweizerisches) Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
z.T.	zum Teil

LITERATURVERZEICHNIS

(Hinweise auf das weitere Schrifttum siehe in den Anmerkungen)

Ago, Règles générales Roberto Ago, Règles générales des conflits de lois, in: Recueil des Cours 58 (1936-IV) 243 - 469

Ansay/Martiny Tuğrul Ansay/Dieter Martiny, Die Gastarbeiterfamilie im Recht, in: T. Ansay/V. Gessner (Hg.), Gastarbeiter in Gesellschaft und Recht (München 1974) 171 - 207

Baeck, Anwendung fremden Rechtes

Paul L. Baeck, Die praktische Anwendung fremden Rechtes in den USA und Oesterreich, in: Zeitschrift für Rechtsvergleichung 2 (1961) 85 - 103

Bär

Rolf Bär, Kartellrecht und Internationales Privatrecht (Bern 1965)

Balladore Pallieri

Giorgio Balladore Pallieri, Diritto internazionale privato italiano (Milano 1974)

Batiffol, Apports du droit comparé

Henri Batiffol, Les apports du droit comparé au droit international privé, in: Choix d'articles (Paris 1976) 113 - 123

Batiffol, Aspects philosophiques

Henri Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé (Paris 1956)

Batiffol, Coordination des systèmes

Henri Batiffol, Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux, in: Choix d'articles (Paris 1976) 199 - 212

Batiffol, Pluralisme des méthodes

Henri Batiffol, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, in: Recueil des Cours 139 (1973-II) 75 - 147

- Batiffol/Lagarde Henri Batiffol/Paul Lagarde, Droit international privé Bd. I (6.A. Paris 1974)
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann
A. Baumbach/W. Lauterbach/J. Albers/P. Hartmann, Zivilprozessordnung - Kommentar (36.A. München 1978)
- Behn Michael Behn, Das "Offenlassen der Rechtswahl", in: Zeitschrift für Rechtsvergleichung 19 (1978) 241 - 266
- Beitzke, Betrachtungen zur Methodik
Günther Beitzke, Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht, in: FS Rudolf Smend (Göttingen 1952) 1 - 22
- Benkö/Peuster Marietta Benkö/Witold Peuster (Uebersetzer), Die ungarische Gesetzesverordnung Nr. 13/1979 vom 31.5.1979 über das internationale Privatrecht (Köln 1979)

(= Das Ständesamt 33 (1980) 78 - 87)
- Bertolf Alexander Bertolf, Die Anwendung der materiellen lex fori im schweizerischen Internationalen Privatrecht (Diss. Basel 1969)
- Bolka Gerhard Bolka, Zum Parteieneinfluss auf die richterliche Anwendung des IPR, in: Zeitschrift für Rechtsvergleichung 13 (1972) 241 - 256
- Booss Dierk Booss, Fragen der "wesenseigenen Zuständigkeit" im internationalen Familienrecht (Diss. Bonn 1965)
- Bosshard Willy Bosshard, Die Aufgabe des Richters bei der Anwendung ausländischen Rechtes (Diss. Zürich/Wädenswil 1929)
- Brauksiepe Jochen Brauksiepe, Die Anwendung ausländischen Rechts im Zivilprozess (Diss. Köln 1965)

Broggini, Conoscenza Gerardo Broggin, Conoscenza e interpretazione del diritto straniero, in: Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 11 (1954) 105 - 170

Broggini, Intertemporales Privatrecht

Gerardo Broggin, Intertemporales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. I (Basel/Stuttgart 1969) 353 - 507

Broggini, Maxime

Gerardo Broggin, Die Maxime "iura novit curia" und das ausländische Recht, in: Archiv für die civilistische Praxis 155 (1956) 469 - 485

Brulliard

G. Brulliard, Convention européenne relative à l'information sur les droits étrangers, in: Revue internationale de droit comparé 25 (1973) 389 - 396

Bucher, Grundfragen

Andreas Bucher, Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (Diss. Basel/Stuttgart 1975)

Bucher, Staatsangehörigkeits- und Wohnsitzprinzip

Andreas Bucher, Staatsangehörigkeits- und Wohnsitzprinzip, in: Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 28 (1972) 76 - 160

Cappelletti

Mauro Cappelletti, Il trattamento del diritto straniero nel processo civile italiano, in: M. Cappelletti, Processo e ideologie (Bologna 1969) 401 - 458

(= M. Cappelletti, Länderbericht Italien in Kolloquium Max-Planck-Institut (Üebersetzung von Kurt Siehr) 28 - 48)

Carbone

Sergio M. Carbone, Sul controllo di costituzionalità della norma straniera richiamata, in: Rivista di diritto internazionale privato e processuale 1 (1965) 685 - 696

Cheshire/North

G. Cheshire/P.M. North, Private International Law (10.A. London 1979)

- Cohn Ernst J. Cohn, Neue Regeln zum Beweis ausländischen Rechts im englischen Zivilverfahren, in: *RabelsZ* 38 (1974) 155 - 167
- Colin Ambroise Colin, Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère, in: *Journal du Droit International privé (Clunet)* 17 (1890) 406 - 414 u. 794 - 807
- Cornils Karin Cornils, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht (Diss. Berlin/New York 1978)
- Cremades/Maceda Bernardo M. Cremades/Antonio Maceda, Das neue spanische Internationale Privatrecht, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 21 (1975) 375 - 379
- David Cyrille David, La loi étrangère devant le juge du fond (Diss. Paris 1963)
- David, Application en Angleterre René David, L'application en Angleterre du droit français, in: *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel Bd. I* (Paris 1975) 97 - 108
- Denkschrift zur Verbesserung Diverse, Denkschrift v. 26. August 1970 zur Verbesserung der deutschen Zivilrechtsprechung in internationalen Sachen, in: *RabelsZ* 35 (1971) 323 - 331
- Dicey/Morris A.V. Dicey/J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws* (9.A. London 1973)
- Dilger Konrad Dilger, Deutsches Recht als Ersatzrecht?, in: *Das Ständesamt* 32 (1979) 37 f
- Dölle, Anwendung fremden Rechts Hans Dölle, Ueber die Anwendung fremden Rechts, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 59 (1957) 1. Abteilung 56 - 63

Drobnig, Allgemeine Geschäftsbedingungen

Ulrich Drobnig, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, in: FS F.A. Mann (München 1977) 591 - 615

Duchek/Schwind

Alfred Duchek/Fritz Schwind, Internationales Privatrecht (Österreichs) - Kommentar (Wien 1979)

Ehrenzweig, Foreign rules

Albert A. Ehrenzweig, Foreign rules as "sources of law", in: J.N. Hazard/W.J. Wagner (Hg.), Legal Thought in the United States of America Under Contemporary Pressures (Brussels 1970) 71 - 79

Ehrenzweig, Lex-foi-Theorie

Albert A. Ehrenzweig, Wirklichkeiten einer "Lex-foi-Theorie", in: FS Wilhelm Wengler Bd. II (Berlin 1973) 251 - 268

Ehrenzweig, Private International Law

Albert A. Ehrenzweig, Private International Law, General Part (Leyden/Dobbs Ferry, NY 1967)

Engeland

Jens Engeland, Die Kontrolle der richtigen Anwendung des Kollisionsrechtes und des ausländischen Rechtes durch die obersten Gerichte in Frankreich, England, Deutschland und der Schweiz (Diss. Basel 1970)

England

Izhak England, Religious Law in the Israel Legal System (Jerusalem 1975)

Ferid, Internationales Privatrecht

Murad Ferid, Internationales Privatrecht (Berlin 1975)

Ferid, Misere

Murad Ferid, Ueberlegungen, wie der Misere bei der Behandlung von Auslandsrechtsfällen in der deutschen Rechtspraxis abgeholfen werden kann, in: FS Oskar Möhring (München 1973) 1 - 25

- Ferid, Wechselwirkungen Murad Ferid, Wechselwirkungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen, in: FS Hans Dölle Bd. II (Tübingen 1963) 119 - 148
- Ferrer-Correia, Doctrine des droits acquis
 Antonio Ferrer-Correia, La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales, in: FS Wilhelm Wengler Bd. II (Berlin 1973) 285 - 320
- Firsching, Anwendung Karl Firsching, Die Anwendung ausländischen Rechts, in: Deutsche Richterzeitung 46 (1968) 278 - 280
- Firsching, in Staudinger J. v. Staudinger/K. Firsching, Kommentar zum BGB, Einführungsgesetz Teil 2b (10./11.A. Berlin 1978)
- Flessner Axel Flessner, Fakultatives Kollisionsrecht, in: RabelsZ 34 (1970) 547 - 584
- Flore Giuseppe Flore, La récente évolution de la jurisprudence italienne en matière de preuve de la loi étrangère, in: Miscellany Charalambos N. Fragistas Bd. 2 (Thessaloniki 1967) 377 - 388
- Flück Christmuth M. Flück, Literaturversorgung und Dokumentation im Rechtsbereich, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 98 (1979) 1. Halbband 293 - 300
- Fraefel Josef Fraefel, Die Durchführung der angloamerikanischen 'administration' im Bereich des schweizerischen Rechts (Diss. Einsiedeln 1966)
- Francescakis, Conflits de lois
 Ph. Francescakis, Conflits de lois, in: Ph. Francescakis (Hg.), Répertoire de droit international Bd. I (Paris 1968) 470 - 497
- Francescakis, Quelques précisions
 Ph. Francescakis, Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, in: Revue critique de droit international privé 1966, 1 - 18

- Freiburger Kolloquium Freiburger Kolloquium über den schweizerischen Entwurf zu einem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, Schweizer Studien zum internationalen Recht Bd. 14 (Zürich 1979)
- Füllemann-Kuhn Verena Füllemann-Kuhn, Die Vorfrage im Internationalen Privatrecht (Diss. Zürich 1977)
- Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht
Franz Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht (Berlin/Tübingen 1959)
- Gamillscheg, Methode der Qualifikation
Franz Gamillscheg, Ueberlegungen zur Methode der Qualifikation, in: FS Karl Michaelis (Göttingen 1972) 79 - 99
- Gavalda Christian Gavalda, Les conflits dans le temps en droit international privé (Diss. Paris 1955)
- Geisler Werner Geisler, Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch "Beweis" im Prozess, in: Zeitschrift für Zivilprozess 91 (1978) 176 - 197
- Gentinetta Jörg Gentinetta, Das schweizerische Bundesgericht und die Ueberprüfung der Anwendung ausländischen Rechts (Diss. Fribourg 1964)
- Giuliano, Traitement du droit étranger
Mario Giuliano, Le traitement du droit étranger dans le procès civil dans les systèmes juridiques continentaux, in: Revue internationale de droit comparé 14 (1962) 5 - 32
- Goldschmidt, Philosophische Grundlagen
Werner Goldschmidt, Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechtes, in: FS Martin Wolff (Tübingen 1952) 203 - 223
- Grodecki Jan K. Grodecki, Intertemporal Conflict of Laws, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III Chapter 8 (Tübingen/The Hague/Paris 1976)
- Guldener Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht (3.A. Zürich 1979)

Gutzwiller, Ziel und Methode

Peter Max Gutzwiller, Von Ziel und Methode des IPR, in: Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 25 (1968) 161 - 196

Hague-Zagreb Colloquium

Hague-Zagreb Colloquium on the Law of International Trade (Product Liability, Road Transport, Foreign Law) - Hague Session 1976 (Alphen aan den Rijn 1978)

van Hecke, Principes et méthodes

Georges van Hecke, Principes et méthodes de solution des conflits de lois, in: Recueil des Cours 126 (1969-I) 399 - 569

Heini, Ausländische Staatsinteressen

Anton Heini, Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht (Akademische Antrittsrede vom 24. Nov. 1980; noch unveröffentlicht)

Heini, Neue Methode

Anton Heini, Eine neue Methode im Internationalen Privatrecht?, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 86 (1967) 1. Halbband 265 - 281

Heiz

Rudolf Heiz, Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht (Diss. Zürich 1959)

Heldrich, Heimwärtsstreben

Andreas Heldrich, Heimwärtsstreben auf neuen Wegen, in: FS Murad Ferid (München 1978) 209 - 220

Heldrich, Innerdeutsches Kollisionsrecht

Andreas Heldrich, Innerdeutsches Kollisionsrecht und Staatsangehörigkeitsfrage, in: Neue Juristische Wochenschrift 31 (1978) 2169 - 2173

Heldrich, Internationale Zuständigkeit

Andreas Heldrich, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht (Berlin/Tübingen 1969)

- von Hoffmann Bernd von Hoffmann, Ueber den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, in: *RabelsZ* 38 (1974) 396 - 420
- Horn Norbert Horn, Die Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensrichtlinien, in: *RabelsZ* 44 (1980) 423 - 454
- Iglesias Buigues José L. Iglesias Buigues, Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol, in: *Revue critique de droit international privé* 1976, 397 - 423
- Jagmetti Marco Alessandro Jagmetti, Die Anwendung fremden Kollisionsrechtes durch den inländischen Richter (Diss. Zürich 1961)
- Jayme, Ausländische Rechtsregeln
 Erik Jayme, Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen, in: *Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig* (Karlsruhe/Heidelberg 1976) 35 - 49
- Jayme, Entscheidungsfindung
 Erik Jayme, Nochmals: Ueber die Entscheidungsfindung im internationalen Privatrecht, in: *Das Ständesamt* 29 (1976) 358 - 360
- Jayme, Rechtsvergleichung
 Erik Jayme, Rechtsvergleichung im internationalen Privatrecht, in: *FS Fritz Schwind* (Wien 1978) 103 - 114
- Jayme, Wandlungen des ordre public
 Erik Jayme, Wandlungen des ordre public im internationalen Kindschaftsrecht, in: *Das Ständesamt* 33 (1980) 301 - 307
- Kahn-Freund, General Problems
 O. Kahn-Freund, General Problems of Private International Law, in: *Recueil des Cours* 143 (1974-III) 139 - 474

- Kalensky Pavel Kalensky, Quelques remarques à l'essence de l'application du droit étranger, in: Revista española de derecho internacional 21 (1968) 703 - 719
- Kaufmann Arthur Kaufmann, Die "ipsa res iusta", in: FS Karl Larenz (München 1973) 27 - 40
- Kegel, Die selbstgerechte Sachnorm
Gerhard Kegel, Die selbstgerechte Sachnorm, in: Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig (Karlsruhe/Heidelberg 1976) 51 - 87
- Kegel, Ermittlung ausländischen Rechts
Gerhard Kegel, Die Ermittlung ausländischen Rechts, in: Kolloquium Max-Planck-Institut 157 - 184
- Kegel, in Soergel/Siebert Hs. Th. Soergel/W. Siebert/G. Kegel, Kommentar zum BGB Bd. 7: Einführungsg (10.A. Stuttgart 1970)
- Kegel, Internationales Privatrecht
Gerhard Kegel, Internationales Privatrecht (4.A. München 1977)
- Kegel, Organisation
Gerhard Kegel, Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Privatrechts, in: FS Hans Carl Nipperdey Bd. I (München/Berlin 1965) 453 - 470
- Keller/Siehr, Eigenart
Max Keller/Kurt Siehr, Einführung in die Eigenart des Internationalen Privatrechts (2.A. Zürich 1979)
- Knittel Wilhelm Knittel, Geltendes und nicht geltendes Auslandsrecht im Internationalen Privatrecht (Bielefeld 1963)
- Koehler Bernhard Koehler, Die Feststellung ausländischen Rechts im Prozess, in: Juristische Rundschau 1951, 549 -552

Kötz, Allgemeine Rechtsgrundsätze

Hein Kötz, Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht, in *RabelsZ* 34 (1970) 663 - 678

Kolloquium Max-Planck-Institut

Die Anwendung ausländischen Rechts im Internationalen Privatrecht - Festveranstaltung und Kolloquium anlässlich des 40jährigen Bestehens des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht (Berlin/Tübingen 1968)

Kommentar zu ZGB...

Diverse, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Bd.I, 1. Abteilung: Einleitung, umfassend die Artikel 1 - 10 ZGB (Bern 1966)

Kralik, Iura novit curia

Winfried Kralik, Iura novit curia und das ausländische Recht, in: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 3 (1962) 75 - 100

Krasa

Jerome J. Krasa, Judicial Notice of Foreign Law, in: *Vanderbilt Law Review* 18 (1964/65) 1962 - 1988

Kropholler, Anpassung im Kollisionsrecht

Jan Kropholler, Die Anpassung im Kollisionsrecht, in: *FS Murad Ferid* (München 1978) 279 - 289

Kropholler, Einheitsrecht

Jan Kropholler, Internationales Einheitsrecht (Tübingen 1975)

Kropholler, Schutz der schwächeren Vertragspartei

Jan Kropholler, Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, in: *RabelsZ* 42 (1978) 634 - 661

Kucera

Zdenek Kucera, La loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963, n° 97 du "Recueil des lois", sur le droit international privé et de procédure, in: *Journal du droit international* (Clunet) 93 (1966) 783 - 804

Küppers Karsten Küppers, (Nachweis ausländischen Rechts im Versäumnisverfahren), in: Neue Juristische Wochenschrift 1976, 489 f

Lalive, Droit public étranger

Pierre Lalive, Le droit public étranger et le droit international privé, in: Travaux du Comité Français de Droit International Privé (Paris 1977) 215 - 245 (257)

Lalive, Droit public étranger/Session de Wiesbaden

Pierre Lalive, L'application du droit public étranger, in: Annuaire de l'Institut de Droit International 56 (Basel 1975) 157 - 186, 219 - 259

Lalive, Sur l'application

Pierre Lalive, Sur l'application du droit public étranger, in: Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 27 (1971) 103 - 142

Lalive, Tendances et méthodes

Pierre Lalive, Tendances et méthodes en droit international privé, in: Recueil des Cours 155 (1977-II) 1 - 424

Langenbeck

W. Langenbeck, Beiträge zur Lehre von dem Beweise fremder Rechte vor inländischen Gerichten, in: Archiv für die civilistische Praxis 41 (1858) 129 - 160

Lewald, L'application

Hans Lewald, L'application de la loi compétente (aus: H. Lewald, Règles générales des conflits de lois), in: P. Picone/W. Wengler (Hg.), Internationales Privatrecht (Darmstadt 1974) 413 - 433

Lipstein

K. Lipstein, Proof of Foreign Law: Scrutiny of its Constitutionality and Validity, in: The British Yearbook of International Law 42 (1967) 265 - 270

Louis-Lucas

Pierre Louis-Lucas, Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois, in: Revue critique de droit international privé 1959, 405 - 441

- Loussouarn/Bourel Yvon Loussouarn/Pierre Bourel, Droit international privé (Paris 1978)
- Lübchen/Posch Gustav-Adolf Lübchen/Martin Posch, Zivilrechtsverhältnisse mit Auslandsberührung (Berlin-Ost 1978)
- Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung
Gerhard Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung in der Gerichtspraxis, in: RabelsZ 37 (1973) 660 - 681
- Mänhardt Franz Mänhardt, Die Kodifikation des österreichischen Internationalen Privatrechts (Berlin 1978)
- Mann, Conflict of Laws and Public Law
F.A. Mann, Conflict of Laws and Public Law, in: Recueil des Cours 132 (1971-I) 107 - 196
- Mann, Eingriffsgesetze F.A. Mann, Eingriffsgesetze und Internationales Privatrecht, in: F.A. Mann, Beiträge zum Internationalen Privatrecht (Berlin 1976) 178 - 200
- Mann, Öffentlich-rechtliche Ansprüche
F.A. Mann, Öffentlich-rechtliche Ansprüche im internationalen Rechtsverkehr, in: F.A. Mann, Beiträge zum Internationalen Privatrecht (Berlin 1976) 201 - 218
- Mann, Sonderanknüpfung und zwingendes Recht
F.A. Mann, Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht, in: FS Günther Beitzke (Berlin/New York 1979) 607 - 624
- Meier Isaak Meier, Iura novit curia (Diss. Zürich 1975)
- Melchior George Melchior, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts (Berlin/Leipzig 1932)
- Miaja de la Muela Adolfo Miaja de la Muela, Derecho internacional privado Bd. I (8.A. Madrid 1979)

- Miller Arthur R. Miller, Federal Rule 44.1 and the "Fact" Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine, in: Michigan Law Review 65 (1967) 613 - 750
- Motulsky, Condition de la loi étrangère Henri Motulsky, L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France, in: Mélanges René Savatier (Paris 1965) 681 - 706
- Motulsky, L'office du juge Henri Motulsky, L'office du juge et la loi étrangère, in: Mélanges Jacques Maury Bd.I (Paris 1960) 337 - 375
- Neuhaus, Grundbegriffe Paul Heinrich Neuhaus, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts (2.A. Tübingen 1976)
- Neuhaus, Neue Wege Paul Heinrich Neuhaus, Neue Wege im europäischen Internationalen Privatrecht?, in: RabelsZ 35 (1971) 401 - 428
- Neuhaus, Verhältnis von staatlichem und religiösem Eherecht Paul Heinrich Neuhaus, Zum Verhältnis von staatlichem und religiösem Eherecht, in: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 13 (1966) 121 - 123
- Neumayer, Fremdes Recht Karl H. Neumayer, Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung, in: RabelsZ 34 (1970) 411 - 426
- Neumayer, Normenkontrolle Karl H. Neumayer, Fremdes Recht und Normenkontrolle, in: RabelsZ 23 (1958) 573 - 598
- Niederer Werner Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts (3.A. Zürich 1961)
- Nussbaum, Grundzüge Arthur Nussbaum, Grundzüge des Internationalen Privatrechts, übersetzt von Abo Hosiosky (München/Berlin 1952)

- Nussbaum, Problem Arthur Nussbaum, The Problem of Proving Foreign Law, in: The Yale Law Journal 50 (1940/41) 1018 - 1044
- Nussbaum, Proof of Foreign Law Arthur Nussbaum, Proof of Foreign Law in New York: A Proposed Amendment, in: Columbia Law Review 57 (1957) 348 - 354
- Nussbaum, Proving Arthur Nussbaum, Proving the Law of Foreign Countries, in: The American Journal of Comparative Law 3 (1954) 60 - 67
- von Overbeck Alfred E. von Overbeck, L'application par le juge interne des conventions de droit international privé, in: Recueil des Cours 132 (1971-I) 1 - 106
- Peritz Rudy J. Peritz, Determination of Foreign Law Under Rule 44.1, in: Texas International Law Journal 10 (1975) 67 - 89
- Pollack Milton Pollack, Proof of Foreign Law, in: The American Journal of Comparative Law 26 (1978) 470 - 475
- Ponsard, Loi étrangère André Ponsard, Loi étrangère, in: Ph. Francescakis (Hg.), Répertoire de droit international Bd. II (Paris 1969) 264 - 272
- Raape/Sturm Leo Raape/Fritz Sturm, Internationales Privatrecht Bd. I: Allgemeine Lehren (6.A. München 1977)
- Reform des deutschen IPR Reform des deutschen internationalen Privatrechts - Kolloquium im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht vom 19. - 21. Juni 1980; vorgelegt von Peter Dopffel, Ulrich Drobnig, Kurt Siehr (Tübingen 1980)
- Reithmann Christoph Reithmann, Internationales Vertragsrecht (3.A. Köln 1980)

- Riezler Erwin Riezler, Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht (Berlin/Tübingen 1949)
- Rigaux, La nature du contrôle François Rigaux, La nature du contrôle de la Cour de cassation (Bruxelles 1966)
- Rödig Jürgen Rödig, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens (Berlin/Heidelberg/New York 1973)
- Samtleben, Interamerikanische Spezialkonferenzen Jürgen Samtleben, Die Interamerikanischen Spezialkonferenzen für Internationales Privatrecht, in: *RabelsZ* 44 (1980) 257 - 320
- Samtleben, Internationales Privatrecht Lateinamerika Jürgen Samtleben, Internationales Privatrecht in Lateinamerika Bd. 1: Allgemeiner Teil (Diss. Tübingen 1979)
- Sass Stephen L. Sass, Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey, in: *The American Journal of Comparative Law* 16 (1968/69) 332 - 371
- Schlesinger, Behandlung des Fremdrechts Rudolf B. Schlesinger, Die Behandlung des Fremdrechts im amerikanischen Zivilprozess, in: *RabelsZ* 27 (1962) 54 - 72
- Schlesinger, Recurrent Problem Rudolf B. Schlesinger, A Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law, in: *Cornell Law Review* 59 (1973/74) 1 - 26
- Schlussbericht Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) - Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Schweizer Studien zum internationalen Recht Bd. 13 (Zürich 1979)
- Schnitzer, Anwendung Adolf Schnitzer, Die Anwendung einheimischen oder fremden Rechtes auf internationale Tatbestände, in: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 10 (1969) 81 - 97

Schnitzer, Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes

Adolf F. Schnitzer, Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes, in: Festgabe Max Gutzwiller (Basel 1959) 429 - 443

Schnitzer, Gegenentwurf

Adolf F. Schnitzer, Gegenentwurf für ein schweizerisches IPR-Gesetz, in: Schweiz. Juristen-Zeitung 76 (1980) 309 - 316

Schnitzer, Handbuch

Adolf F. Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts, 2 Bde (4.A. Basel 1957/58)

Schnitzer, Zeitliche Grenzen

Adolf F. Schnitzer, Die zeitlichen Grenzen der Rechtsanwendung, in: Schweiz. Juristen-Zeitung 66 (1970) 317 - 323

Schröder

Jochen Schröder, Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen (Berlin 1961)

Schütze, Beweisbedürftige Tatsache

Rolf A. Schütze, Ausländisches Recht als beweisbedürftige Tatsache, in: Neue Juristische Wochenschrift 1965, 1652 f

Schütze, Nachweis ausländischen Rechts

Rolf A. Schütze, Der Nachweis ausländischen Rechts in einigen sozialistischen Rechtsordnungen, in: Schweiz. Juristen-Zeitung 61 (1965) 291 - 293

Schulte

Dieter Schulte, Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art, im internationalen Vertragsrecht (Diss. Bielefeld 1975)

Schulze

Johannes Schulze, Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht (Frankfurt a.M. 1972)

Schwander, Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung

Ivo Schwander, "Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht" (Diss. Zürich 1975)

- Schwander, Renvoi Ivo Schwander, Einige Gedanken zum Renvoi, in: Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer (Genève 1979) 411 - 424
- Schwind, Handbuch Fritz Schwind, Handbuch des Oesterreichischen Internationalen Privatrechts (Wien / New York 1975)
- Schwind, Prinzipien Fritz Schwind, Prinzipien des neuen österreichischen IPR-Gesetzes, in: Das Ständesamt 32 (1979) 109 - 119
- Schwind, Schnitzers Qualifikationslehre Fritz Schwind, Schnitzers Qualifikationslehre im österreichischen IPR, in: Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer (Genève 1979) 425 - 431
- Schwind, Zwischenbilanz Fritz Schwind, Zwischenbilanz der Reformbestrebungen des österreichischen internationalen Privatrechts, in: Das Ständesamt 29 (1976) 121 - 128
- Siehr, Entwurf Kurt Siehr, Zum Entwurf eines schweizerischen Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 25 (1979) 729 - 737
- Siehr, Grundrecht der Eheschliessungsfreiheit Kurt Siehr, Grundrecht der Eheschliessungsfreiheit und Internationales Privatrecht, in: RabelsZ 36 (1972) 93 - 115
- Siehr, Reform Kurt Siehr, Die Reform des deutschen Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, in: Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 29 (1973) 171 - 283
- Siehr, Special Courts Kurt Siehr, Special Courts for Conflicts Cases: A German Experiment, in: The American Journal of Comparative Law 25 (1977) 663 - 680
- Simitis, Datenverarbeitung Spiros Simitis, Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung (Karlsruhe 1970)

Simitis, Entscheidungsfindung

Spiros Simitis, Ueber die Entscheidungsfindung im internationalen Privatrecht, in: Das Standesamt 29 (1976) 6 - 15

Simitis, Informationskrise

Spiros Simitis, Die Informationskrise des internationalen Rechts und die Datenverarbeitung, in: Zeitschrift für Rechtsvergleichung 10 (1969) 276 - 298

Simitis, Kommission für Zivilstandswesen

Spiros Simitis, Die internationale Kommission für Zivilstandswesen (C.I.E.C.), in: RabelsZ 33 (1969) 30 - 72

Sommerich/Busch

Otto C. Sommerich/Benjamin Busch, Foreign Law (New York 1959)

Sonnenberger

Hans Jürgen Sonnenberger, Bemerkungen zum Internationalen Privatrecht im AGB-Gesetz, in: FS Murad Ferid (München 1978) 377 - 396

Stauffer, Rechtsberufung im Prozess

Wilhelm Stauffer, Internationales Vertragsrecht und Rechtsberufung im Prozess, in: Schweiz. Juristen-Zeitung 70 (1974) 181 - 185

Stauffer, Ueberprüfung ausländischen Rechts

Wilhelm Stauffer, Die Ueberprüfung ausländischen Rechts durch das Bundesgericht im Berufungsverfahren, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 95 (1976) 2. Halbband 491 - 499

Steindorff, Das Offenlassen der Rechtswahl

Ernst Steindorff, Das Offenlassen der Rechtswahl im IPR und die Nachprüfung ausländischen Rechts durch das Revisionsgericht, in: Juristenzeitung 1963, 200 - 205

Stoll

Hans Stoll, Internationalprivatrechtliche Probleme bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: FS Günther Beitzke (Berlin/New York 1979) 759 - 785

- Sträuli/Messmer Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung (Zürich 1976)
- Szászy István Szászy, Private International Law in the European People's Democracies (Budapest 1964)
- Thouvenin André Thouvenin, Die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen (Diss. Zürich 1978)
- Toubiana Annie Toubiana, Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (Diss. Paris 1972)
- Troller Alois Troller, Prozessrechtliche Ueberlegungen zur Anwendung fremden Rechts, in: FS Wilhelm Wengler Bd. II (Berlin 1973) 839 - 848
- Vanni Gianfranco Vanni, La prova del diritto straniero (Milano 1971)
- Vernehmlassungen Bundesamt für Justiz, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht - Darstellung der Stellungnahmen auf Grund des Gesetzesentwurfs der Expertenkommission und des entsprechenden Begleitberichts (Bern 1980)
- Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände Frank Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht (Basel 1953)
- Vischer, Internationales Privatrecht Frank Vischer, Internationales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. I (Basel/Stuttgart 1969) 509 - 709
- Vischer, Internationales Vertragsrecht Frank Vischer, Internationales Vertragsrecht (Bern 1962)
- Vischer, Kodifikation Frank Vischer, Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechtes, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 90 (1971) 2. Halbband 1 - 106

- Vorschläge zur Reform Vorschläge zur Reform des deutschen Internationalen Privatrechts; vorgelegt von P.H. Neuhaus und J. Kropholler sowie von einer Arbeitsgruppe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht unter Federführung von P. Dopffel und K. Siehr, in: *RabelsZ* 44 (1980) 325 - 366
- Vouilloz Benoit Vouilloz, *Le rôle du juge civil à l'égard du droit étranger* (Diss. Fribourg 1964)
- Wähler, Bindung religiöser Gerichte Klaus Wähler, *Die Bindung religiöser Gerichte an Normen des staatlichen Privat- und Verfahrensrechts*, in: *FS Wilhelm Wengler Bd. II* (Berlin 1973) 865 - 884
- Wähler, Interreligiöses Kollisionsrecht Klaus Wähler, *Interreligiöses Kollisionsrecht* (Köln/Berlin/Bonn/München 1978)
- Walder, Handbuch Hans Ulrich Walder-Bohner, *Der neue Zürcher Zivilprozess - Ein Handbuch* (Zürich 1977)
- Walder, Passivität Hans Ulrich Walder, *Passivität = lex fori ?*, in: *Schweiz. Juristen-Zeitung* 71 (1975) 105 - 109
- Wassermann Rudolf Wassermann, *Spezialisierung nutzt der Justiz!*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 3 (1970) 5 - 8
- Wengler, Anwendung afrikanischen Rechts Wilhelm Wengler, *Praktische Fragen der Anwendung afrikanischen Rechts in Deutschland*, in: *FS Murad Ferid* (München 1978) 717 - 728
- Wengler, Faktizität und Legitimität Wilhelm Wengler, *Fragen der Faktizität und Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts*, in: *FS Hans Lewald* (Basel 1953) 615 - 632
- Wengler, Mythos Wilhelm Wengler, *Der Mythos von der Lex fori*, in: *FS Max Rheinstein Bd. I* (Tübingen 1969) 299 - 323

Wiethölter Rudolf Wiethölter, Zur Frage des internationalen ordre public, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 7 (1967) 133 - 177

Wolf Alfred Wolf, Das Europäische Uebereinkommen v. 7.6.1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht, in: Neue Juristische Wochenschrift 28 (1975) 2. Halbband 1583 - 1586

Yasseen Mustafa Kamil Yasseen, Problèmes relatifs à l'application du droit étranger, in: Recueil des Cours 106 (1962-II) 499 - 596

Zajtay, Application of Foreign Law

Imre Zajtay, The Application of Foreign Law, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III Chapter 14 (Tübingen / The Hague / Paris / New York 1972)

(= Imre Zajtay, Le traitement du droit étranger dans le procès civil - étude de droit comparé, in: Rivista di diritto internazionale privato e processuale 4 (1968) 233 - 301)

Zajtay, Beiträge zur Rechtsvergleichung

Imre Zajtay, Beiträge zur Rechtsvergleichung - Ausgewählte Schriften (Tübingen 1976)

Zajtay, Grundfragen der Anwendung

Imre Zajtay, Grundfragen der Anwendung ausländischen Rechts im Zivilprozess, in: Zeitschrift für Rechtsvergleichung 12 (1971) 271 - 280

Zajtay, Lehre vom Tatsachencharakter

Imre Zajtay, Die Lehre vom Tatsachencharakter und die Revisibilität ausländischen Rechts, in: Kolloquium Max-Planck-Institut 193 - 213

Zajtay, Science et fictions

Imre Zajtay, L'application du droit étranger: science et fictions, in: Revue internationale de droit comparé 23 (1971) 49 - 61

Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts

Imre Zajtay, Zur Stellung des ausländischen Rechts im französischen Internationalen Privatrecht (Berlin/Tübingen 1963)

Zitelmann

Ernst Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. I (Manuldruck der 1.A. v. 1897 München/Leipzig 1914)

Zweigert, Zur Armut

Konrad Zweigert, Zur Armut des Internationalen Privatrechts an sozialen Werten, in: RabelsZ 37 (1973) 435 - 452

EINLEITUNG

BEDEUTUNG DER FREMDRECHTSANWENDUNG FÜR DAS INTERNATIONALE PRIVATRECHT ALS GANZES

Die stete Zunahme von Sachverhalten mit Auslandsberührung kennzeichnet weiterhin die Realien des IPR. Diese Tatsache muss als Ausgangstatbestand für jede kollisionsrechtliche Diskussion - damit auch für die Anwendung fremden Rechts im speziellen - festgehalten werden¹.

Angesichts dieser Entwicklung kann man nicht mehr von einer "ausnahmsweisen" Anwendung fremden Rechts sprechen, wie das offensichtlich die Meinung der schweizerischen Rechtsprechung ist². Vielmehr ist mit der Zunahme international gelagerter Sachverhalte die grundsätzliche Frage zu stellen, wieweit es sinnvoll (allenfalls noch sinnvoll) sein mag, ausländische Rechte zu berücksichtigen. Am Ende dieser Grundsatzüberlegungen erfolgt vielleicht eine Positivierung des Wohnsitzprinzips. Letzteres darf aber nicht unüberlegter Ausgangspunkt sein.

Die Schweiz hat jüngst mit der Streichung von NAG 8 und mit den neuen Art. 8a ff desselben Gesetzes einen weiteren Schritt in Richtung Domizilprinzip getan. Auf dieser Linie liegt auch der Entwurf zu einem

- 1 Statistisches Material, vor allem in Zusammenhang mit den Gastarbeitern, siehe bei Ansay/Martiny 181, 183 f; Simitis, Informationskrise 276 f; ders., Entscheidungsfindung 9.
- 2 Vgl. explizit das BGr. in BGE 92 II 111 (123): "Die Anwendung des fremden Rechtes stellt vielmehr nur eine Ausnahme dar, welche die einheimische Rechtsordnung für Ansprüche zulässt, die unter der Herrschaft des betreffenden ausländischen Rechtes begründet worden sind (sog. wohlerworbene Rechte), wie auch in gewissen Fällen..., um die Anerkennung der einheimischen Urteile durch den ausländischen Staat zu bewirken. Grundsätzlich aber hat der Richter das einheimische Recht anzuwenden, dessen Vorschriften den hier herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen entsprechen." - Kritisch hiezu Schnitzer, Anwendung 95 f.

schweizerischen IPR-Gesetz³. Das heisst aber nicht, dass künftig nur noch ausnahmsweise fremdes Recht berufen wird. Auf Grund der mannigfaltigen Anwendungsinteressen und der unterschiedlichen Anknüpfungsprinzipien verbleiben zahlreiche Fälle und Fallgruppen, in denen ein fremdes Recht zur Anwendung bestimmt ist^{4,5}.

Erklären inländische Kollisionsnormen ein fremdes Recht für anwendbar, ergibt sich die Frage nach der konkreten Anwendung dieses Rechts. Die Bedeutung solcher Fremdrechtsanwendung für den IPR-Fall kann nicht genug betont werden⁶. Ein noch so perfektes und differenzierendes Kollisionsrechtssystem hängt in der Luft, wenn das zur Anwendung bestimmte fremde Recht wegen mangelnder Vertrautheit mit demselben schlecht oder überhaupt nicht angewendet wird. Auch ist dem Sinn des Internationalen Privatrechts (noch) nicht Genüge getan, wenn die Anknüpfung richtig erfolgt. Die Kollisionsnormen sind nicht zum Selbstzweck erlassen worden, sondern als Hilfsmittel zur Realisierung des übergeordneten Gedankens, gegebenenfalls einer

- 3 Schlussbericht IPR-Gesetz 32; Siehr, Entwurf 731; zum ursprünglichen Konzept des NAG siehe Vischer, Kodifikation 8 f und Bucher, Staatsangehörigkeits- und Wohnsitzprinzip 97 ff, der von einem "gemischtem System eigener Art" (98) spricht. Den Zusammenhang von Domizilprinzip, Anwendung der lex fori und Vermeiden praktischer Schwierigkeiten bei der Anwendung ausländischen Rechts betont Neuhaus, Grundbegriffe 223.
- 4 Zur hilfswisen Berufung des Heimatrechts im schweizerischen IPR-Entwurf siehe die Zusammenstellung bei Siehr, Entwurf 732 Anm. 30.
- 5 Neben der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit sind zu beachten: Recht des ausländischen Abschluss-, Handlungs- oder Erfüllungsortes, ausländische lex rei sitae, Wahl eines fremden Rechts, Recht am ausländischen Wohnsitz einer Partei, Berücksichtigung fremder Anerkennungsvorschriften u.a.m.
- 6 Lalive, Tendances et méthodes 224; Schlussbericht 60 f; Vouilloz 1 f; Langenbeck 129; Kahn-Freund, General Problems 422 sowie 452, wo ausgeführt wird: "Enough has been said to show that the difficult problems of private international law are not solved when the court decides to take the rule of decision from a foreign law. The question in what sense it can ever apply foreign law, the riddles of the metamorphosis which law must of necessity undergo when it is in the hands of a foreign judge are among the most interesting aspects of the conflict of laws."

fremden Rechtsordnung den Entscheid in der Sache zu überlassen⁷. Der kollisionsrechtlichen Verweisung wird nur Folge geleistet, wenn man das berufene Recht auch tatsächlich anwendet. Damit ist angezeigt, wie bedeutend der Bereich der Fremdrechtsanwendung - und hier vor allem die Ermittlung als Feststellung des Inhalts fremden Rechts - für das IPR als Ganzes ist. KEGEL spricht zutreffend von einem "heimlichen König" des Internationalen Privatrechts⁸!

Zwei grundlegende Aspekte kennzeichnen die Anwendung fremden Rechts; einerseits der Anwendungsbefehl einer Kollisionsnorm, andererseits die praktische Durchführung des Anwendungsverfahrens, insbesondere im Prozess. Der zweite Gesichtspunkt hat verschiedentlich dazu geführt, die Fremdrechtsanwendung als eine Frage des (Internationalen) Zivilverfahrensrechts zu betrachten⁹. Es ist sicher richtig zu sagen, die meisten Schwierigkeiten bei der Handhabung ausländischen Rechts würden sich in Zusammenhang mit dem Prozess oder mit anderen Verfahren ergeben. So enthält das in Vorbereitung stehende, mehrbändige Handbuch zum Internationalen Zivilverfahrensrecht, welches das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburg) herausgeben wird, auch eine Abteilung über die Fremdrechtsanwendung¹⁰. Allein, der zutreffende Topos von der Einbettung in das Verfahren¹¹ - vor allem was die Feststellung ausländischen

7 Bei Goldschmidt, Philosophische Grundlagen 205 heisst es: "Das IPR kann darum in der uns hier angehenden Richtung als die Regelung der Fälle mit ausländischen Elementen im Geiste der Achtung des Fremden gekennzeichnet werden. Das axiologisch Massgebende im IPR ist demnach eben die Geneigtheit, ausländisches Recht handzuhaben."

8 Kegel, Organisation 462 und Ermittlung 158.

9 Vouilloz 1; Bosshard XI u. 23 f; Rigaux 123; Brauksiepe 24; kritisch dieser Zuordnung gegenüber Nussbaum, Grundzüge 236.

10 Bearbeitet von Frau Dr. Christa JESSEL, Max-Planck-Institut Hamburg; Frau JESSEL sei an dieser Stelle für wertvolle Hinweise bestens gedankt.

11 Worin Motulsky, L'office du juge 338 zuzustimmen ist; zu MOTULSKY, einem der besten Kenner der Problematik, siehe auch die Besprechungen wieder aufgelegter Schriften durch J. Basedow in *RabelsZ* 43 (1979) 774 - 776 und P. Bellet in *Revue critique de droit international privé* 1979, 274 - 276.

Rechts betrifft - darf den Ausgangspunkt des kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehls nicht vergessen machen. Zudem betreffen die Fragen des Umfangs der Anwendung, der Subsumtion, des Ordre public usw. die materiellrechtliche Seite der Fremdrechtsanwendung. Sind aber die Zusammenhänge hergestellt, verliert die Frage der Zuordnung an Gewicht - zumal Internationales Privatrecht und Internationales Zivilverfahrensrecht in grundlegenden Bereichen ohnehin nicht zu trennen sind.

Was den Aufbau dieser Arbeit betrifft, wird in einem ersten Abschnitt die Bestimmung der zuständigen Sachrechtsordnung im IPR behandelt. Gemeint ist mit der Bestimmung die kollisionsrechtliche Anknüpfung der konkreten Rechtsfrage an die zuständige Rechtsordnung. Die Tragweite des kollisionsrechtlichen Verweisungsbefehls muss deshalb untersucht werden, weil sich daraus Folgerungen für die konkrete Anwendung des ausländischen Rechts ergeben. Der zweite Abschnitt befasst sich mit der Ermittlung des zuständigen fremden Rechts. Unter Ermittlung ist zu verstehen das Verfahren zur Feststellung des Inhaltes fremden Rechts. Ein besonderes Problem schafft hier die Frage, ob ausländisches Recht von Amtes wegen zu ermitteln oder durch die Parteien nachzuweisen ist. Der dritte Abschnitt behandelt die eigentliche Anwendung des zuständigen fremden Rechts. Im Vordergrund stehen Fragen des Umfangs der Anwendung, der Auslegung und Subsumtion, der Anpassung sowie der Nichtanwendung des an sich zuständigen Rechts. Ein vierter und letzter Abschnitt beinhaltet die Revisibilität der Fremdrechtsanwendung. Es ist zu untersuchen, wieweit oberste Gerichte die Anwendung von Kollisionsrecht und von ausländischem Sachrecht überprüfen.

Die vorliegende Arbeit erhält besondere Aktualität durch den Entwurf zu einem "Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz)". Der Entwurf regelt im dritten Abschnitt des ersten Titels (Gemeinsame Bestimmungen) unter dem Stichwort "Rechtsanwendung" einen Grossteil der Fragen, die Gegenstand der Fremdrechtsanwendung und also auch dieser Arbeit sind. Ergänzt werden die Artikel 13 - 18 (dritter Abschnitt) durch Art. 190, der neu eine umfassende Überprüfung der Fremdrechtsanwendung durch das BGr. postuliert. Der schweizerische IPR-Entwurf ist willkommener Anlass, die vorgeschlagenen Regelungen in Vergleich zu setzen mit der zeitgenössischen Lehre und der heutigen Praxis. Faszinierend erscheint, die schwei-

zerische Kodifikationsarbeit in einem Teilbereich kritisch zu beleuchten und allfällige Aenderungen, Klarstellungen usw. vorzuschlagen. Der veröffentlichte Entwurf vom 30. Juni 1978 wird zur Zeit, unter Berücksichtigung der zahlreichen Vernehmlassungen, überarbeitet. Wie zu vernehmen ist, soll an den Vorschlägen zur Fremdrechtsanwendung grundsätzlich festgehalten werden. Im einzelnen erfolgt da und dort eine Aenderung, was der vorliegenden Arbeit jedoch nicht schadet. Besondere Schwerpunkte sind dort zu setzen, wo eine Frage im heutigen Schrifttum umstritten ist. Der Entwurf bietet sodann Gelegenheit, den in der Praxis tätigen Juristen - Gerichten, Verwaltungsbehörden, Anwälten - die Anwendungsprobleme in ihrer ganzen Bandbreite darzustellen. Vielleicht kann diese Arbeit aus einem solchen Ansatz heraus mithelfen, das Verständnis gegenüber Fremdrechtsfragen auch in der Praxis zu wecken.

In terminologischer Hinsicht bleibt anzumerken, dass hier im allgemeinen von der Anwendung "fremden" Rechts gesprochen wird; "ausländisches" Recht ist demgegenüber enger gefasst. Zwar ist die Anwendung ausländischen und staatlichen Rechts die Regel, doch kann auch das Recht eines Schwesterstaates oder ein fremdes religiöses Recht Platz greifen¹².

12 Schwind, Prinzipien 112 (in Zusammenhang mit dem neuen österreichischen IPR-Gesetz); Hoyer in Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 35 (1979) 45 (zu Art. 15 I des schweizerischen Entwurfs); Kegel, Organisation 453.

1. ABSCHNITT

BESTIMMUNG DER ZUSTAENDIGEN SACHRECHTSORDNUNG IM INTERNATIONALEN PRIVATRECHT

§ 1 Kollisionsrechtlicher Befehl

I. Grundsatz

In Sachverhalten mit Auslandsbeziehung führt - bei vorausgesetzter internationaler Zuständigkeit - eine Kollisionsnorm zum in der Sache anwendbaren Recht. Nach herkömmlicher kontinentaleuropäischer Auffassung liegt also der Entscheidungsfindung ein zweistufiges Verfahren zugrunde: zum ersten die (kollisionsrechtliche) Verweisung auf die massgebliche Rechtsordnung, sodann die eigentliche Anwendung des berufenen Rechts. Ausgangspunkt jeder Fremdrechtsanwendung ist eine einheimische Kollisionsnorm, die über die Zuständigkeit der in Frage kommenden Sachnormen befindet¹³.

Bevor auf die Verbindlichkeit solcher Verweisungsnormen eingegangen wird, soll im folgenden kurz auf methodenkritische Angriffe gegen das herkömmliche Anknüpfungssystem hingewiesen werden. Im Vordergrund steht dabei die Frage, wieweit methodisches Umdenken auch für die Fremdrechtsanwendung von Bedeutung ist. - Grundtenor der vor allem in den USA laut gewordenen Kritik am traditionellen IPR ist bekanntlich das Bemühen, die "allseitigen, mechanisch-blinden Kollisionsnormen"¹⁴ zu Gunsten differenzierender Einzelfall-Lösungen abzubauen. Intendiert ist an sich nicht freies richterliches Ermessen; vielmehr haben verschiedene "choice-influencing considerations" die Bestimmung des anwendbaren Rechts zu leiten. Unter diesen

13 Keller/Siehr, Eigenart 1; Kegel, Internationales Privatrecht 25; Neuhaus, Grundbegriffe 22, 97 und 150.

14 Gutzwiller, Ziel und Methode 169.

treten vor allem Anwendungsinteressen der verschiedenen Rechtsordnungen sowie die Anwendung des (materiell) "besseren Rechts" hervor¹⁵. Grundle-
gend ist die Forderung nach Berücksichtigung der in Frage kommenden
materiellen Rechte schon bei der Anknüpfung¹⁶, was dazu führt, dass das
zweistufige Vorgehen gesprengt wird; die kollisionsrechtliche Verweisung
erfolgt nicht mehr abstrakt. Mit Blick auf die Fremdrechtsanwendung drän-
gen sich dazu folgende Bemerkungen auf: Die Ermittlung fremder Rechte
erübrigt sich grundsätzlich nicht, ja sie würde, bei konsequenter Handhabung
solch komplexer Anknüpfungsmethoden, noch mehr in den Vordergrund
rücken. Will man beispielsweise die jeweiligen "policies" der zur Diskussion
stehenden Rechte feststellen, bedarf es einer sorgfältigen Analyse und
fundierter Kenntnisse derselben. Dass letzteres in praxi zu Schwierigkeiten
führt, braucht nicht besonders betont zu werden. Auch wird in vielen Fällen
die Neigung bestehen, von einem Anwendungsinteresse der *lex fori* auszu-
gehen; das aber ist mit dem "Heimwärtsstreben" auch der herkömmlichen
Anknüpfungsmethode bekannt¹⁷. Dem hat beispielsweise der "lex fori
approach" Rechnung getragen. Gleichwohl führt er nicht zu einer grundsätz-
lichen Ablehnung der Fremdrechtsanwendung, wenn auch zuzugeben ist, dass
fremdes Recht weniger häufig berücksichtigt wird¹⁸. Für den Fortgang der

15 Siehe etwa Zweigert, *Zur Armut* 438 ff; Willis L.M. Reese, *Choice of Law: Rules or Approach*, in: *Cornell Law Review* 57 (1971/72) 315 - 334 (333 f); Friedrich K. Juenger, *Zum Wandel des Internationalen Privatrechts* (Karlsruhe 1974): mit kritischer Stellungnahme KEGELS a.E.; Ehrenzweig, *Lex-fori-Theorie* 258 f; Keller/Siehr, *Eigenart* 47 f; Neuhäus, *Grundbegriffe* 37 ff; Kegel, *Internationales Privatrecht* 95 f; Heini, *Neue Methode* 276 f. - Zur "Verteidigung" des herkömmlichen IPR siehe jetzt auch verschiedene Beiträge in der Festschrift für Gerhard Kegel (Frankfurt a.M. 1977).

16 Gutzwiller, *Ziel und Methode* 167 f; Bucher, *Grundfragen* 31 f.

17 Zum Heimwärtsstreben des schweizerischen BGr. Vischer, *Kodifikation* 19 u. 23 f und Bertolf 132 ff.

18 Zum "lex fori approach" und zu diesbezüglichen Missverständnissen Jayme, *Ausländische Rechtsregeln* 37 f und 41 f; Ehrenzweig, *Lex-fori-Theorie* 260 ff u. 267 f; Wengler, *Mythos* 299 f und passim; grundlegend sodann Kurt Siehr, *Ehrenzweigs Lex-fori-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht*, in: *RebelsZ* 34 (1970) 585 - 635.

Arbeit ist festzuhalten, dass die Methodendiskussion der letzten Jahre den Komplex der Fremdrechtsanwendung nur am Rande berührt hat. Insofern nämlich, als auf der Ebene der Anknüpfung die faktische Ausrichtung auf die *lex fori* theoretisch untermauert wurde. Das führt zu einer Verringerung der Fälle, in denen einem fremden Recht der Sachentscheid überlassen bleibt. Hinfällig werden die Fragen der Fremdrechtsanwendung deswegen nicht.

Geltungsgrund fremden Rechts im Inland ist eine einheimische Kollisionsnorm. Völkerrechtlich besteht keine Pflicht, fremdes Recht zur Anwendung zu bringen. Das ist jedenfalls die heute herrschende Meinung, seit die Ansicht verabschiedet wurde, es bestünde ein die Zuständigkeiten staatlicher Rechte abgrenzendes IPR der Völkergemeinschaft¹⁹. Eine andere Frage - die hier nur angetönt werden kann - ist es, ob nicht bei der fortschreitenden Internationalisierung gewisse Minimalstandards der Rücksichtnahme auf ausländische Rechtsordnungen zwingend geboten sind²⁰. - Fremdes Recht wird grundsätzlich auch unabhängig vom Geltungsanspruch der fremden Rechtsordnung zur Anwendung berufen. Desgleichen berücksichtigt man den Parteiwillen nur soweit, als eine zulässige Rechtswahl vorliegt²¹. Ausschlaggebend für die Anwendung eines fremden Rechts ist allein der kollisionsrechtliche Befehl der einheimischen Rechtsordnung. Er weist den Richter verbindlich an, anstelle der materiellen *lex fori* unter Umständen ein anderes - ein fremdes - Recht anzuwenden. Man kann sagen, der kollisionsrechtliche Imperativ sei der "formelle Wirkungsgrund"²² fremden Rechts im Inland. Ergeben sich im Prozess oder in einem andern Verfahren auf Grund der beigebrachten Tatsachen Hinweise auf eine Auslandsberührung, muss die kollisionsrechtliche

19 Flessner 559; Gutzwiller, Ziel und Methode 164 f.; Kralik, *Iura novit curia* 77; Beitzke, Betrachtungen zur Methodik 9; Nussbaum, Grundzüge 30 f.

20 Dazu Neuhaus, Grundbegriffe 73 f.

21 Zajtay, Application of Foreign Law 6; Ferrer-Correia 300 ff; Ferid, Internationales Privatrecht 107; Oesterreichischer OGH sowie Entscheidungsmarkung von Fritz Schwind in Zeitschrift für Rechtsvergleichung 18 (1977) 292 u. 294.

22 Dölle, Anwendung fremden Rechts 59; Beitzke, Betrachtungen zur Methodik 2. Dies im Gegensatz zum "materiellen Wirkungsgrund", der nach den Motiven des Gesetzgebers für eine Beachtung fremden Rechts

Frage gestellt und beantwortet werden. Die rechtsanwendende Person hat im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt zu entscheiden, welchem Sachrecht die konkrete Rechtsfrage unterstellt werden soll - und hierfür muss das (einheimische) Kollisionsrecht befragt werden²³. Diese Frage, d.h. die Bestimmung des zuständigen Sachrechts, ist nach der traditionellen und bis heute herrschenden Konzeption des Internationalen Privatrechts von Amtes wegen zu stellen und zu beantworten. Damit ist vorläufig noch nichts gesagt zur nachherigen Anwendung des so berufenen Entscheidungsrechts. Geht die Rechtsprechung²⁴ grundsätzlich ebenso von einer amtswegigen Anknüpfung an das zuständige Recht aus, muss andererseits betont werden, dass die kollisionsrechtliche Frage auch im kontinentaleuropäischen Rechtsbereich gerne übersehen wird. Das erstaunt nicht, zumal die Schwierigkeiten der Fremdrechtsanwendung allgemein bekannt sind. Will eine Partei für bestimmte Rechtsfragen ein ausländisches Sachrecht angewendet wissen, ist sie vielfach gut beraten, sich auf dieses zu berufen. Besonders im Schuldrecht kann das von Bedeutung sein, ansonsten man Gefahr läuft, eine stillschweigende Wahl der *lex fori* - die ja noch im Prozess erfolgen kann - "unterstellt" zu bekommen²⁵.

Die Verbindlichkeit der Kollisionsnormen ergibt sich aus den Intentionen des einheimischen Gesetzgebers, bei Vorliegen bestimmter Auslandsberüh-

fragt. - Allgemein zum kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl: Motulsky, *L'office du juge* 358 f u. 361 ("... en ordonnant l'application de la loi étrangère, l'impératif de la règle de conflit soumet le litige à l'impératif de la loi applicable."); ders., *Condition de la loi étrangère* 685 f; Zajtay, *Stellung des ausländischen Rechts* 62 ff; Schwimann, *Kolloquium Max-Planck-Institut* 82 f; Vouilloz 73 u. 100 ff (Section III); Brauksiepe 140 ff; Kegel in *Soergel/Siebert* N 84 vor Art. 7; Colin 408 ff; Schnitzer, *Anwendung* 85; Keller/Siehr, *Eigenart* 35 f; La Pradelle, *Entscheidenmerkung in Revue critique de droit international privé* 1973, 504; Zajtay, *Grundfragen der Anwendung* 271; Lalive, *Tendances et méthodes* 222.

23 U.a. Bosshard 39 f; Melchior 421; Sass 334.

24 Vgl. beispielsweise BGE 99 II 317, 87 II 201 f, 81 II 176.

25 Müller, *Kolloquium Max-Planck-Institut* 66; Hans Hoyer, *Entscheidenmerkung in Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 14 (1973) 150 f; zum Problem der stillschweigenden Rechtswahl BGE 87 II 199 ff.

rungen einem fremden Recht den Vorrang zu lassen. Das Internationale Privatrecht verlangt, dass der Richter das anwendbare Sachrecht von Amtes wegen bestimmt. Dies auch dann, wenn Anhaltspunkte für einen international gelagerten Sachverhalt vorliegen, ohne dass die Parteien die Anwendbarkeit eines fremden Rechts behaupten. Dieser Grundsatz wurde bisweilen mit dem Argument zu relativieren versucht, eine Anwendung - und damit implizite auch eine Bestimmung - des zuständigen Sachrechts von Amtes wegen könne grundsätzlich nur verlangt werden, wo die Kollisionsnormen Ordre public-Charakter hätten, d.h. wo sie um der öffentlichen Ordnung willen erlassen wurden. Letzteres ist aber, soweit ausländische Rechte in Frage stehen, kaum einmal der Fall. Das wiederum ermöglichte den Schluss auf die nur "ausnahmsweise" Anwendung eines fremden Rechts²⁶. Der überwiegende Teil der Lehre hat diese Argumentation abgelehnt²⁷. Es kann nämlich nicht auf den "zwingenden" oder "dispositiven" Charakter einer Kollisionsnorm ankommen. Selbst dispositive Normen sind von Amtes wegen anzuwenden, allenfalls ersetzt durch eine den Parteien überlassene Bestimmung des anwendbaren Rechts²⁸. Was also die erste Stufe der Fremdrechtsanwendung - die Anknüpfung an das zuständige Sachrecht - betrifft, wollen die Kollisionsnormen, dass diese Bestimmung des anwendbaren Rechts von Amtes wegen erfolgt.

26 Vgl. für die Schweiz den schon erwähnten BGE 92 II 123.

27 U.a. Motulsky, *Condition de la loi étrangère* 686; Schnitzer, *Anwendung* 89; Batiffol/Lagarde 443. Für die in Anm. 26 angeführte Entscheidstelle (BGE 92 II 123) muss darauf hingewiesen werden, dass das BGr. in jenem wichtigen Urteil verschiedentlich das Lehrbuch von BATIFFOL beigezogen hat, und zwar die 3. A. v. 1959. Was den kollisionsrechtlichen Befehl angeht, haben in Frankreich auf Grund seither ergangener Entscheide grundlegende Diskussionen stattgefunden (dazu hienach II.). Diesem Umstand haben auch BATIFFOL und der jetzige Koautor LAGARDE Rechnung getragen - in der 6.A.v. 1974 a.a.O. u. passim. Man darf deshalb - wenn auch mit Vorsicht - annehmen, das BGr. würde heute nicht mehr mit dem *Ordre public*-Charakter argumentieren. Andererseits bedeutet das nicht, dass deshalb die geliebte Lehre von der "plénitude de compétence de la lex fori" überhaupt aufgegeben würde (BGr. a.a.O.)!

28 Motulsky und Schnitzer a.a.O. (Anm. 27).

Nichts anderes kann für das schweizerische Recht gelten. Insbesondere darf es für diese Frage keine Rolle spielen, ob die kantonalen Zivilprozessordnungen in ihren Normen über die Fremdrechtsanwendung etwas Besonderes vorschreiben. Was die Bestimmung des zuständigen Rechts betrifft, haben die Gerichte und die rechtsanwendenden Verwaltungsstellen dem bundesrechtlichen Anwendungsbefehl²⁹, der dem schweizerischen Kollisionsrecht inne-wohnt, Folge zu leisten. Demgegenüber entschied das BGr. verschiedentlich, für Bereiche, in denen die Anwendung fremden Rechts nicht zwingend (!) vorgeschrieben sei, stehe es den Kantonen frei, die Anknüpfung an fremdes Recht von Amtes wegen vorzuschreiben oder von einer Anrufung (Behauptung) der Parteien abhängig zu machen³⁰. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist aber nicht einheitlich. In einem grundlegenden Entscheid zur stillschweigenden Rechtswahl³¹ wurde die angeführte Praxis dahingehend relativiert, dass Stillschweigen der Parteien zur Frage der Zuständigkeit eines fremden Rechts nicht "schlechthin als Verzicht auf die Anwendung ausländischen Rechts zu gelten habe"³². Vielmehr müssten die - vom BGr. aufgestellten, also bundesrechtlichen! - Erfordernisse des bewussten Rechtswahl-Willens usw. erfüllt sein. In einem weiteren Entscheid³³ hiess es sodann:

29 Zutreffend Lalive, Tendances et méthodes 159 f.

30 U.a. BGE 81 II 176, 95 II 122. Es handelt sich durchwegs um Fälle, bei denen eine Rechtswahl im Gebiet des Schuldrechts zur Diskussion stand. - Kantonale Regelungen, die für die Anwendung eines ausländischen Rechts verlangen, dass dieses von den Parteien zu behaupten und anzuführen sei, finden sich beispielsweise in der Gerichtspraxis des Aargau und der Waadt (Nachweise in BGE 87 II 200 u. Journal des tribunaux 1935 III 7, 1961 III 25. Auskünfte hierüber verdankt der Autor dem Kantonsgericht Waadt sowie den Bezirksgerichten Baden und Lenzburg). Der Grossteil der Kantone schweigt sich in dieser Frage aus, so dass grundsätzlich von einer Beachtung der bundesrechtlichen Kollisionsregel auszugehen ist; für Zürich siehe z.B. Sträuli/Messmer N 5 zu § 57: "Nach Zürcher Prozessrecht prüft der Richter von Amtes wegen, ob schweizerisches oder ausländisches Recht und gegebenenfalls welches anzuwenden ist ..."

31 BGE 87 II 194 (200).

32 BGE 87 II 200. Zur Berufung eines fremden Rechts durch die Parteien siehe im einzelnen II. hienach.

33 BGE 89 II 265 (268): ein Fall aus dem Kanton Genf.

"Le droit international privé suisse ne connaît pas de règle selon laquelle la lex fori serait applicable si les parties n'invoquent pas le droit étranger." Die zutreffende und heute wohl auch geltende Praxis ist demnach jene, welche eine Bestimmung des zuständigen Sachrechts auf Grund des Bundesprivatrechts von Amtes wegen verlangt³⁴. Zu dieser Regelung in Widerspruch stehende Bestimmungen kantonaler Prozessrechte erscheinen bundesrechtswidrig³⁵.

Die Beachtung der Anknüpfungstatsachen und also eine Bestimmung des zuständigen Rechts von Amtes wegen sieht das neue IPR-Gesetz Oesterreichs (v. 15. Juni 1978) in § 2 vor: "Die für die Anknüpfung an eine bestimmte Rechtsordnung massgebenden tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen sind von Amtes wegen festzustellen..."³⁶ Erst in den folgenden §§ 3 und 4 geht es dann um die eigentliche Anwendung, im besondern um die Ermittlung des zuständigen fremden Rechts.

Folgt man der Theorie vom kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl, erscheinen alle weiteren Versuche, die Beachtung fremden Rechts im Inland theoretisch zu begründen, als hinfällig. Der Vollständigkeit halber sollen jedoch folgende Lehren, die heute zum grössten Teil überholt sind, noch

34 Anders wiederum der (italienischsprachige) BGE 95 II 122, wo aber keine Auseinandersetzung mit den früheren Präjudizien erfolgt, ja selbst Hinweise darauf fehlen. Deshalb sollte Stauffer, Rechtsberufung im Prozess 185 für die "heutige Praxis" nicht auf diesen Entscheid verweisen. Zur Problematik auch Walder, Passivität 108. - Aus der Sicht des kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehls ist es nicht folgerichtig, wenn das BGr. sagt, "die Frage, ob der kantonale Richter von mehreren in Betracht fallenden ausländischen Rechten das anwendbare zutreffend bestimmt habe", sei "nicht eine solche des Bundesrechts" (BGE 98 II 237). Diese Frage hätte das BGr. auf Berufung hin an sich zu überprüfen, was es aber nicht tut. Siehe dazu den 4. Abschnitt hinten.

35 Zum Verhältnis Bundesprivatrecht und kantonales Prozessrecht auf dem Gebiet der Fremdrechtsanwendung siehe ausführlicher hinten 2. Abschnitt § 1 III. 2.

36 Dazu Duchek/Schwind N 1 ff zu § 2.

gestreift werden: die Statutentheorie, die Lehre von den wohlerworbenen Rechten und die Rezeptionstheorie. Gemeinsam ist allen drei, dass sie vorwiegend auf Fiktionen aufbauen³⁷. - Die Statutentheorie geht davon aus, dass den Normen einer bestimmten Rechtsordnung ihr Geltungsbereich entnommen werden kann. So würden die Bestimmungen, die persönliche Verhältnisse zum Gegenstand haben, auch im Ausland gelten ("statuta personalia")³⁸. Dem wurde in Zusammenhang mit dem aufkommenden Territorialitätsprinzip entgegengehalten, kein Recht könne von sich aus im Ausland Geltung beanspruchen; zudem wäre es Sache eines erst noch zu schaffenden Ueberrechts, einzelnen Rechtsordnungen bestimmte Rechtsfragen zuzusprechen³⁹. - Die Lehre von den wohlerworbenen Rechten ("vested rights theory") fusst, als Theorie zur Begründung für die Anwendung fremden Rechts, im anglo-amerikanischen Rechtsbereich. Dieser ging lange Zeit davon aus, im Inland könne nur inländisches Recht zur Anwendung kommen. Gleichzeitig musste aber eine Erklärung dafür gefunden werden, dass fremdes Recht in der Praxis doch immer wieder berücksichtigt wurde⁴⁰. Als Antwort brachte man vor, der Richter habe die aus dem internationalen öffentlichen Recht fließende Pflicht, subjektive Rechte, die ein ausländisches Recht verliehen

37 Zajtay, Application of Foreign Law 3. - Zum zulässigen Verzicht auf weitere tiefgreifende Grundlagenforschung für die Berufung fremden Rechts schreibt beispielsweise Lalive, Tendances et méthodes 223: "Si intéressantes soient-elles du point de vue intellectuel, ces diverses théories comportent une part évidente de formalisme et d'artifice, assez éloignée de la réalité des choses. C'est quotidiennement que les juges appliquent la loi étrangère, sans angoisses philosophiques et tout simplement parce que cela leur paraît opportun et juste selon les prescriptions, écrites ou non écrites, de leur propre droit international privé."

38 Beitzke, Betrachtungen zur Methodik 4; Vischer, Kodifikation 19.

39 Grundlegend Beitzke, Betrachtungen zur Methodik 5 f, dem sich Ferid, Wechselbeziehungen 130 anschliesst; ferner Ehrenzweig, Lex-fori-Theorie 253; Goldschmidt, Philosophische Grundlagen 208. - Zur Geschichte der Statutentheorie Neuhaus, Grundbegriffe 92 f und 181; Kegel, Internationales Privatrecht 86 ff.

40 Ferrer-Correia, Doctrine des droits acquis 285; Neuhaus, Grundbegriffe 170.

hat, anzuerkennen⁴¹. Dem Prinzip des Schutzes wohlverworbener Rechte wurde vor allem entgegengehalten, es setze das IPR bereits voraus. Denn zur Feststellung, welche Rechte wohlverworfen sind, bedürfe es zuerst der Bestimmung des Rechts, nach welchem die in Frage stehenden subjektiven Rechte verliehen wurden. Nur wenn alle auf Grund irgendeiner Rechtsordnung erworbenen Rechte anerkannt würden, könnte eine solche kollisionsrechtliche Bestimmung entfallen. Das aber liefe auf ein "System einseitiger Kollisionsnormen hinaus: anwendbar wäre jede Rechtsordnung, die sich selbst für zuständig erklärt"⁴². - Die in Italien entwickelte Rezeptions- oder Inkorporationstheorie verneint den Normcharakter fremden Rechts. Ueberzeugt von der Ausschliesslichkeit der einheimischen Rechtsordnung, wird fremdem Recht nur Geltung zugesprochen, wenn es Bestandteil der lex fori, in diese also einverleibt wird⁴³. Das ist der Fall, wenn die einheimische Kollisionsregel die Aufnahme fremden Rechts anordnet. Dann ist dieses gleich wie die lex fori vom Richter anzuwenden. Offensichtlich ist, dass es zur Begründung der Fremdrechtsanwendung keiner solchen Fiktion der Einverleibung in das einheimische Recht bedarf⁴⁴.

41 Zajtay, Application of Foreign Law 3 ("According to this theory, the protection of acquired rights is a duty which emanates from Public International Law. Rights regularly acquired abroad do not change their character in the country of the forum; they retain their original existence and produce the same effects in the country of their creation as well as abroad."); Ferrer-Correia, Doctrine des droits acquis 286 u. passim; Nussbaum, Grundzüge 24 ff; Kurt H. Nadelmann, Some Historical Notes on the Doctrinal Sources of American Conflicts Law, in: Festgabe für Max Gutzwiller (Basel 1959) 263 - 281 (276 ff); ausführlich ferner Werner R. Wichser, Der Begriff des wohlverworbenen Rechts im internationalen Privatrecht (Diss. Zürich 1955).

42 Neuhaus, Grundbegriffe 171. Weitere Einwände bei Batiffol/Lagarde 410; Ferrer-Correia, Doctrine des droits acquis 290 ff; Ehrenzweig, Lex-fori-Theorie 254.

43 Zajtay, Application of Foreign Law 4; ders., Science et fictions 50 f; Ago, Règles générales 301 f; Knittel 20 ff.

44 Zu den Einzelfragen der Rezeptionstheorie siehe ausführlicher hinten im 2. Abschnitt § 1 I. 1.

II. Berufung fremden Rechts durch die Parteien (Fakultatives Kollisionsrecht)

Schon im vorhergehenden Abschnitt wurde dargetan, dass in Theorie und Praxis auch die Ansicht vertreten wird, fremdes Recht könne nur berufen werden, wenn die Parteien dessen Anwendbarkeit behaupten. Bestimmung und Anwendung eines Rechts ausserhalb der lex fori hätten lediglich dort von Amtes wegen zu erfolgen, wo die Kollisionsnormen um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt wurden.

Besonders interessant in dieser Hinsicht sind Lehre und Rechtsprechung von Frankreich. Klassischer Grundsatz für die Fremdrechtsanwendung ist hier, dass letztere in den Händen der Parteien liegt. Verzichten diese auf die Anrufung eines fremden Rechts, kann es nicht Aufgabe des französischen Richters sein, die kollisionsrechtliche Frage zu stellen - er hat vielmehr ohne weiteres die lex fori anzuwenden. Das galt lange Zeit sogar in dem Sinne, als dem Richter auch nicht gestattet war, von sich aus die Verweisung der französischen Kollisionsnorm zu beachten (beispielsweise wenn er von einem ausländischen Recht Kenntnis hatte). Höhepunkt war der bekannte und heftig kritisierte Entscheid "Bisbal" der Cour de cassation vom 12. Mai 1959, dessen wichtigste Aussage die folgende ist⁴⁵:

"... que les règles françaises de conflits de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française..."

Gerade für das Gebiet des Familienrechts zeigte dieser Entscheid, wie problematisch es ist, die kollisionsrechtliche Frage den Parteien zu überlassen. Nur kurze Zeit später trug die Cour de cassation der ungewöhnlich breiten Kritik Rechnung: im Entscheid "Chemouny" vom 2. März 1960.

45 Zitiert nach Ponsard, Loi étrangère 267 u. Batiffol/Lagarde 422. Zum Entscheid siehe ausführlich z.B. Motulsky, Condition de la loi étrangère 685 f; David 79 ff; Lalive, Tendances et méthodes 161 ff.

Danach ist der französische Richter zwar weiterhin nicht verpflichtet, von sich aus das nach einheimischem Kollisionsrecht zuständige fremde Sachrecht für anwendbar zu erklären. Immerhin ist es ihm nicht mehr verwehrt - so dass er befugt ist, ein fremdes Recht auch beizuziehen, wenn sich die Parteien nicht darauf berufen. Diese Praxis gilt bis heute⁴⁶. Eine gewichtige Frage wurde durch sie jedoch nicht gelöst. Hat der Richter lediglich die Befugnis, nicht aber die Pflicht, das fremde Recht beizuziehen, ist es mehr oder weniger dem Zufall überlassen, ob das an sich zuständige Recht zur Anwendung gelangt. Sowohl in der Literatur wie in gewissen jüngeren Entscheidungen sind deshalb Stimmen laut geworden, die eine Beachtung des kollisionsrechtlichen Befehls zumindest dort verlangen, wo den Parteien in materiellrechtlicher Hinsicht keine Dispositionsbefugnis zusteht (Beispiel: Ehescheidung)⁴⁷. Dem wurde wiederum entgegengehalten, eine Unterscheidung in "zwingendes" und "nicht zwingendes" Kollisionsrecht sei problematisch; zudem könne der Parteiautonomie im Rahmen der Rechtswahlregel genügend Aufmerksamkeit geschenkt werden⁴⁸. Heute ist denn auch in Frankreich der Ruf nach uneingeschränkter Beachtung des kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehls nicht mehr zu überhören.

In den USA bedarf es zur Anwendung ausländischen Rechts einer dahingehenden Behauptung durch mindestens eine der Parteien. Das amerikanische Recht, das auf dem Boden des Common Law steht, geht noch oft vom Faktizitätsprinzip aus, d.h. ausländisches⁴⁹ Recht wird einer Tatsache

46 Ponsard, *Loi étrangère* 267; David 74 f; Batiffol/Lagarde 423; Rigaux, *La nature du contrôle* 126; Firsching, *Anwendung* 278 f (zu einer interessanten Empfehlung der Internationalen Richtervereinigung, die eine "dissenting opinion" der französischen Delegation enthält); Bellet, *Entscheidenanmerkung in Revue critique de droit international privé* 1965, 132 f; ders., *Besprechung Motulsky (Anm. 11)* 276; Hébraud, *Entscheidenanmerkung in Revue critique de droit international privé* 1979, 91.

47 Motulsky, *Condition de la loi étrangère* 684; Ponsard, *Loi étrangère* 267; Batiffol/Lagarde 423: alle mit *Entscheiden*nachweisen.

48 U.a. Bellet, *Entscheidenanmerkung in Revue critique de droit international privé* 1965, 133; siehe auch hievor bei Anm. 27 f.

49 Für die USA sollen einstweilen die ebenfalls "fremden" Rechte der verschiedenen amerikanischen Einzelstaaten ausser Betracht fallen. Sie haben, was ihre "Fremdheit" betrifft, einen besonderen Status inne.

gleichgestellt. Dieses kann demnach nur beachtet werden, wenn es in der Klageschrift oder Klageantwort ("pleadings") behauptet wird⁵⁰. Verschiedentlich sind in den letzten zwei Jahrzehnten Anstrengungen unternommen worden, diesen rigorosen Grundsatz zu lockern. Sowohl in einzelnen Staaten wie auf Bundesebene wurden Erlasse geschaffen, die es dem Richter ermöglichen, von sich aus fremde Rechtsnormen anzuwenden ("judicial notice"). Nur in wenigen Fällen gelangte man aber zur Positivierung einer Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen; zumeist liegt eine solche im richterlichen Ermessen⁵¹. Was die erste Stufe, die Berufung des fremden Rechts betrifft, hat sich bis heute wenig geändert. Stellvertretend darf auf die am 1. Juli 1966 in Kraft getretene Rule 44.1 der Federal Rules of Civil Procedure verwiesen werden. Diese Rules gelten für die in internationalen Rechtsfällen besonders wichtigen amerikanischen Bundesgerichte. Rule 44.1 lautet⁵²:

"A party who intends to raise an issue concerning the law of a foreign country shall give notice in his pleadings or other reasonable written notice."

Ausschlaggebender Gesichtspunkt dieser Behauptungs- und Benachrichtigungspflicht ist das Bedürfnis nach frühzeitiger Orientierung des Gerichts und vor allem der Gegenpartei.

Für die Bundesrepublik Deutschland und die herkömmliche Auffassung vom verbindlichen Charakter des Kollisionsrechts hat Axel FLESSNER in einer grundlegenden Studie⁵³ ein Plädoyer zugunsten des "Fakultativen Kollisionsrechts" verfasst. Nach ihm soll fremdes Recht nur dann angewendet werden, wenn eine der Parteien dies beantragt. Ansonsten sei die kollisionsrechtliche Frage zu vernachlässigen und die lex fori anzuwenden. Begründet

50 Hay, Kolloquium Max-Planck-Institut 102 f; Sommerich/Busch 12 u. 23 ff; Peritz 68; Zajtay, Science et fictions 52; Baeck 101. - Für England Dicey/Morris 1124.

51 Hay, Kolloquium Max-Planck-Institut 105 ff u. 117; Miller 638 ff; Siehr, Special Courts 667 f.

52 Zitiert nach Zajtay, Application of Foreign Law 14 u. Hay, Kolloquium Max-Planck-Institut 122; zur Rule 44.1 ferner Miller 645 ff u. passim.

53 RabelsZ 34 (1970) 547 - 584.

wird diese Forderung nicht etwa mit einer allfälligen Ueberlegenheit des einheimischen Rechts, sondern mit dem Anspruch der Parteien auf qualitativ hochstehende Rechtsanwendung⁵⁴. Diese sei aber nur gewährleistet im Umgang mit der *lex fori*. Die Schwierigkeiten der Ermittlung und Handhabung fremden Rechts lassen FLESSNER also den Hebel gleich zu Beginn des international gelagerten Rechtsfalles ansetzen: Beschränkung der Fälle, in denen es um kollisionsrechtliche Abklärung der Rechtszuständigkeit geht. Die Kritik konnte nicht ausbleiben. Viele gewichtige Stimmen haben sich mit den verschiedensten Argumenten zu Wort gemeldet - gemeinsam ist der Vorwurf, die Grenzen des Modells könnten nicht eindeutig gezogen werden. So müssen, was auch FLESSNER sagt, Ausnahmen für Gesetzesumgehungen gemacht werden. Auch sollte der Richter in vielen Fällen mithelfen, den Parteien ausländische (= allenfalls "günstigere") Rechtslösungen überblickbar zu machen, wozu ein Unterschlagen der kollisionsrechtlichen Frage bei fehlendem Parteienantrag wenig beisteuert. Grundsätzliches Missfallen erregte das Infragestellen des kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehls überhaupt⁵⁵. Für das kontinentaleuropäische IPR dürfte das Fakultative Kollisionsrecht, von Ausnahmen abgesehen, vorläufig nicht mehr als ein Denkanstoss sein. Dessen Gedanken mögen sodann die Diskussion um die Grenzen der Parteiautonomie aufrechterhalten und beleben. Sehr interessant ist in dieser Beziehung das neue ungarische Kollisionsrecht, welches für die eine und andere IPR-Revision vielleicht Signalwirkung haben wird. § 9 der ungarischen Gesetzesverordnung über das internationale Privatrecht (in Kraft seit 1. Juli 1979) lautet⁵⁶:

54 Flessner 549 f u. 562.

55 Zur Kritik im allgemeinen sowie zu Einzelpunkten: Neuhaus, Neue Wege 411; Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung 667; Ferid, Misere 10 f; Bolka 244 ff; Lalive, Tendances et méthodes 164 u. 169 ff; Alexander Luderitz, Anknüpfung im Parteiinteresse, in: Festschrift für Gerhard Kegel (Frankfurt a.M. 1977) 31 - 54. Schon vor der Arbeit FLESSNERs kritisch gegenüber einem Fakultativen Kollisionsrecht Motulsky, L'office du juge 358 f u. 375; ders., Condition de la loi étrangère 688 f. - Mit Zustimmung für FLESSNER Zweigert, Zur Armut 445 f; Raape/Sturm 306 f.

56 Abgedruckt bei Benkö/Peuster 9. Zugänglich jetzt auch in: Das Ständesamt 33 (1980) 78 ff (79).

"Wenn die Parteien gemeinsam beantragen, dass das nach dieser Gesetzesverordnung anwendbare ausländische Recht nicht angewandt werden soll, ist das ungarische Recht bzw. - im Falle, dass eine Rechtswahl möglich ist - das gewählte Recht anwendbar."

Im Hinblick auf den nachfolgenden 2. Abschnitt und mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage ist abschliessend auf einen wichtigen Zusammenhang hinzuweisen. Das Fakultative Kollisionsrecht mag dort zu Zweifeln Anlass geben, wo auch die Anwendung des zuvor für zuständig befundenen fremden Rechts von Amtes wegen erfolgt (wie z.B. in der Bundesrepublik Deutschland). Hier ist es sinnvoll, ja häufig geradezu erwünscht, im Einklang mit der eben genannten Regelung auch die kollisionsrechtliche Bestimmung des anwendbaren Rechts ex officio vornehmen zu lassen. Den Schwierigkeiten der Ermittlung ist dann bei der konkreten Handhabung des fremden Rechts (z.B. über die Gutachtenspraxis) Rechnung zu tragen. Wo aber, wie in weiten Bereichen der schweizerischen Rechtsordnung, fremdes Recht nur auf Nachweis der Parteien angewendet wird, darf berechtigterweise ein Kollisionsrecht mit fakultativem Charakter angeregt werden⁵⁷. Es mag grotesk erscheinen, wenn in Gerichtsurteilen seitenlange Ausführungen über die Anforderungen an eine Rechtswahl der lex fori gemacht werden, um dann - bei Verneinung einer Rechtswahl - schliesslich lapidar zu sagen, es komme doch die lex fori zur Anwendung, nachdem es die Parteien unterlassen hätten, das fremde Recht nachzuweisen⁵⁸. Man wird einwenden, ein "vorsichtiger" Richter würde die Frage des anwendbaren Rechts einstweilen zurückstellen, bis er Gewissheit habe, ob die Parteien ein

57 Zur in der Schweiz umstrittenen Frage des Schweigens der Parteien im Prozess siehe vorne I. (bei Anm. 30 ff) sowie Stauffer, Rechtsberufung im Prozess 181 (185); die auf STAUFFER Bezug nehmenden Stellungnahmen von Peter Jäggi, Zur Rechtswahl im Internationalen Vertragsrecht, in: Schweiz. Juristen-Zeitung 70 (1974) 295 u. Walder, Passivität 105 (108); Lalive, Tendances et méthodes 181 ff (S. 183: "Il en résulte que la thèse 'silence = choix tacite de la lex fori' ne peut pas être admise."). Kritisch schon gegenüber der jetzigen Rechtsprechung des BGr. Bolka 250 f, der sagt, diese laufe auf ein Fakultatives Kollisionsrecht hinaus.

58 In dieser Hinsicht vgl. - neben der kantonalen Rechtsprechung - u.a. den kollisionsrechtlich ausführlichen und grundlegenden BGE 87 II 194 (201 f), der in der Sache aber mit einem Nichteintretensentscheid endet. (Heute würde allerdings das BGr. die Anwendung der lex fori als Ersatzrecht überprüfen - siehe dazu den 4. Abschnitt.)

fremdes Recht nachweisen. In solchen Fällen könnte man es aber überhaupt den Parteien überlassen, sich auf fremdes Recht zu berufen⁵⁹. Zuzugeben ist, dass für Bereiche ohne Dispositionsmaxime Ausnahmen zu machen wären - jedoch wiederum nur soweit, als das für zuständig erklärte fremde Recht auch von Amtes wegen angewandt, im besondern ermittelt würde! - Zusammenfassend ist zu sagen, dass am kollisionsrechtlichen Befehl festgehalten werden kann, wenn nicht nur die Bestimmung, sondern auch die Anwendung fremden Rechts von Amtes wegen erfolgen muss. Im übrigen ist ein Fakultatives Kollisionsrecht im dargelegten Sinne zu erwägen, wenn den Parteien ein Nachweis des fremden Rechts auferlegt wird. Ihnen ist mehr gedient, wenn sie diesfalls um ihre Behauptungspflicht wissen, als wenn sie sich im Vertrauen auf eine (vielleicht) richtige Anknüpfung um diese wenig kümmern⁶⁰. Wollen sie dann bewusst die Anwendung der *lex fori*, steht dem nichts im Wege.

§ 2 Offenlassen der Zuständigkeit eines bestimmten Rechts

In einem Rechtsfall mit Auslandsbeziehung muss das Gericht grundsätzlich "dartun, auf welches Recht es seine Entscheidung stützt"⁶¹. Die Parteien haben Anspruch darauf zu wissen, auf welches Sachrecht sie ihre Vorträge zu Tat- und Rechtsfragen ausrichten müssen. Von besonderer Bedeutung ist dies im Hinblick auf die Ueberprüfung der Rechtsanwendung durch die oberen Gerichte. Die Anwendung fremden Rechts wird in vielen Rechtsordnungen durch das oberste Staatsgericht nicht überprüft. Das Gegenteil ist der Fall, wenn die *lex fori* angewandt wird^{61a}.

59 Aus dieser Sicht kann den hievor erwähnten Regelungen von Frankreich und den USA eine gewisse Folgerichtigkeit nicht abgesprochen werden. Fraglich ist andererseits, ob der kollisionsrechtliche Befehl neben der Bestimmung nicht auch die Anwendung des fremden Rechts erfasst, so dass beide von Amtes wegen zu erfolgen hätten. (Dazu hinten 2. Abschnitt § 1 II.)

60 Dazu Troller 846 f; a.A. Bolka 249.

61 Firsching in Staudinger N 620 vor Art. 12.

61a Zu den Einzelheiten der Ueberprüfung siehe 4. Abschnitt.

Vorab aus prozessökonomischen Gründen ist in Theorie und Praxis postuliert worden, die Rechtsanwendungsfrage solle offen bleiben können, wenn die zur Diskussion stehenden Sachrechte materiell zum gleichen Ergebnis führen. Es sei wenig sinnvoll, u.U. komplexe Anknüpfungsprobleme - etwa in Zusammenhang mit einem Renvoi - abzuhandeln und zu lösen, wenn dies für den Sachentscheid ohne Wirkung bleibe⁶². Zwei Hauptgruppen müssen unterschieden werden⁶³. Zum einen können unterschiedliche Anknüpfungen auf verschiedene Sachrechte verweisen, die inhaltlich übereinstimmen. Andererseits können unterschiedliche Anknüpfungen - etwa bei verschiedener Beachtung von Rück- und Weiterverweisung oder bei gleicher Staatsangehörigkeit von zwei möglichen Anknüpfungspersonen - zum gleichen Sachrecht führen. Der zweite Fall ist unproblematisch, wenn die Anknüpfung wirklich nur zu einem Sachrecht hinführt. Auch für den ersten Fall - wo auf verschiedene materielle Rechte verwiesen wird, die inhaltlich übereinstimmen - wird mehrheitlich das Offenlassen der Zuständigkeit eines bestimmten Rechts begrüßt⁶⁴. Aus Gründen der Prozessökonomie ist dem bis zu einem gewissen Grad zu folgen. Andererseits muss mit FERID⁶⁵ deutlich davor gewarnt werden, bald einmal auf Übereinstimmung verschiedener Rechte zu schliessen. "Die Methode, das anzuwendende Recht dahingestellt sein zu lassen, ist nur angängig bei völliger Kongruenz der Ergebnisse. In der gesamten Auseinandersetzung wird viel zu wenig beachtet, dass eine wirkliche rechtliche Kongruenz der mehreren zur Wahl gestellten Rechte ... doch

62 Zur Problematik im gesamten Steindorff, Das Offenlassen der Rechtswahl 200 ff; Behn 241 f; Brauksiepe 109 ff; Kegel in Soergel/Siebert N 85 ff vor Art. 7; Ferid, Internationales Privatrecht 107; Neuhaus, Grundbegriffe 335; mit besonderem Bezug auf den angloamerikanischen "false conflict" Kahn-Freund, General Problems 259 ff (263).

63 Behn 242. Im folgenden geht dieser Autor der für die Bundesrepublik Deutschland hochinteressanten Frage nach, wieweit hier die Zuständigkeit eines bestimmten Rechts deshalb gerne offen gelassen wird, um nicht zu einer allfälligen Verfassungswidrigkeit von Anknüpfungspunkten des deutschen IPR Stellung nehmen zu müssen!

64 Kegel in Soergel/Siebert N 88 vor Art. 7 ("Dieses Verfahren ist richtig, wenn es richterliche Arbeit oder gar Beweiserhebungen erspart."); Steindorff, Das Offenlassen der Rechtswahl 202 u. passim (mit ausführlicher Uebersicht über die deutsche Rechtsprechung sowie mit Kritik am BGH); Neuhaus, Grundbegriffe 335; Bolka 255.

65 Internationales Privatrecht 107 f.

recht selten ist.⁶⁶ Geht man vom Grundsatz des kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehls aus, darf das zuständige Sachrecht nur bei sicherer Kenntnis der Übereinstimmung verschiedener Rechte offen gelassen werden.

Auch das Bundesgericht hatte sich verschiedentlich mit dieser Frage zu befassen. Lange Zeit erachtete es die Praxis als zulässig, dass die kantonalen Gerichte bei (angenommener) Übereinstimmung eines fremden Rechts mit der schweizerischen lex fori die Frage des zuständigen Sachrechts offen liessen und schweizerisches Recht anwendeten⁶⁷. Vor einigen Jahren erfolgte jedoch in BGE 100 II 34 (41) eine Aenderung der Rechtsprechung, nachdem bereits in BGE 94 II 355 (359) Zweifel an der früheren Praxis laut geworden waren. Danach weist das BGr. heute - auf Berufung hin - eine Sache zur Neuentscheidung zurück, wenn die kantonale Behörde fälschlicherweise von einer Übereinstimmung der beiden Rechte ausging und zu Unrecht schweizerisches statt ausländisches Recht zur Anwendung brachte. Begründet wird das weniger mit kollisionsrechtlichen Argumenten, als mit dem Hinweis auf mögliche kantonale und bundesrechtliche Rechtsmittel, die im Falle einer Fremdrechtsanwendung zur Verfügung stehen. Diese würden dem Berufungskläger bei Offenlassen der Rechtsanwendungsfrage bzw. bei Anwendung der schweizerischen lex fori entzogen⁶⁸. - Eine ähnliche Sorge von seiten des BGr. gegenüber der Bestimmung des zuständigen Sachrechts würde man auch dort erwarten, wo es nicht um die Abgrenzung von schweizerischem und ausländischem Recht geht, sondern (nur) zwischen zwei oder mehreren fremden Rechtsordnungen zu wählen ist. Diese Frage wird aber nach ständiger Rechtsprechung nicht als eine solche des bundesrechtlichen Kollisionsrechts erachtet⁶⁹. Daran dürften leider auch die hier zitierten Entscheide kaum etwas ändern.

66 Ferid a.a.O. (vgl. Anm. 65).

67 Hinweise zu dieser Rechtsprechung in BGE 100 II 40. - Einen konkreten Fall zum Offenlassen aus der zürcherischen Praxis siehe in Schweiz. Juristen-Zeitung 73 (1977) 79.

68 BGE 100 II 41 u. 94 II 359 (unten) f. Weitere Ausführungen hiezu siehe im 4. Abschnitt.

69 BGE 98 II 237.

2. ABSCHNITT

ERMITTLUNG DES ZUSTAENDIGEN FREMDEN RECHTS

§ 1 Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen oder auf Nachweis der Parteien

I. Charakterisierung des fremden Rechts als Tatsache oder als Rechtsnorm

1. Ueberholter Theorienstreit

In fast allen Rechtsordnungen wird heute davon ausgegangen, dass fremdes Recht, welches zur Anwendung im Inland berufen ist, seinen Normcharakter beibehält. Es wird also nicht zu einer blossen Tatsache, die zur Stützung von Behauptungen im Verfahren zu beweisen wäre. Jahrzehntelang ist indessen diese Frage - aus bestimmten Gründen heraus, auf die im folgenden näher einzutreten ist - umstritten gewesen. Heute darf die Kontroverse, die verschiedene Theorien mit sich brachte, als überholt und abgeschlossen betrachtet werden. Das zuständige fremde Recht bleibt, wie gesagt, auch im Inland Recht⁷⁰.

70 Allgemein vgl. u.a. Dölle, Anwendung fremden Rechts 59; Raape/Sturm 305; Neuhaus, Grundbegriffe 322; Zajtay, Application of Foreign Law 5; ders., Stellung des ausländischen Rechts 5 f; Bosshard 18 f; Lalive, Tendances et méthodes 226; Schnitzer, Handbuch I 191. - Zu einzelnen Rechtsordnungen Niederer 345 (Schweiz); Müller, Kolloquium Max-Planck-Institut 68 (BRD); Schwimann, Kolloquium Max-Planck-Institut 84 u. Schwind, Prinzipien 112 (Oesterreich); Giuliano, Traitement du droit étranger 23 f (Italien; hiezu auch nachfolgend i.V.m. der Rezeptionstheorie); Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 31 (Frankreichs "Rechtsprechung, die sich auf den Tatsachencharakter des ausländischen Rechts berufen hat, gehört heute der Vergangenheit an."); Hay, Kolloquium Max-Planck-Institut 123 u. 126 (USA, wo man sich zunehmend vom Faktizitätsprinzip entfernt); Lunz, Kolloquium Max-Planck-Institut 142 (Sowjetunion).

Zurückhaltung gegenüber der Anwendung fremden Rechts ist eine Realität, die es seit Bestehen des IPR gibt. Von Anfang an wurde nach Möglichkeiten gesucht, die mit einer Fremdrechtsanwendung verbundene Mehrarbeit den Parteien zu überbinden. Ein Mittel war (und ist es bis heute), die Parteien, wünschen sie die Anwendung eines berufenen fremden Rechts, zum Nachweis desselben zu verpflichten. Lange Zeit bedurfte es hiezu einer theoretischen Begründung. Diese wurde vermeintlich in der Lehre vom Tatsachencharakter des fremden Rechts gefunden. Ihr Ausgangspunkt liegt in der Einteilung des Prozesses in Rechtselemente und Tatsachenelemente⁷¹. GULDENER⁷² umschreibt das wie folgt: "Um zu entscheiden, ob der mit der Klage erhobene Anspruch begründet ist oder nicht, muss das Gericht einerseits feststellen, welcher Tatbestand sich verwirklicht hat, und andererseits, ob sich aus diesem Tatbestand die Rechtsfolge ergibt, welche der Kläger für sich in Anspruch nimmt. Den Tatbestand darzulegen und zu beweisen, ist im allgemeinen Sache der Parteien, während es dem Gericht obliegt, die zutreffenden Rechtssätze auf ihn zur Anwendung zu bringen." Bekannt ist die Parömie: da mihi facta, dabo tibi ius. Diese Betrachtungsweise ist nun aber ausschliesslich im Hinblick auf die Anwendung von innerstaatlichem Recht entwickelt worden; der Satz "iura novit curia" sollte sich nur auf die einheimische lex fori beziehen. War auch ausländisches Recht in die Pro. ess-theorie aufzunehmen - und wollte man zugleich an der Zweiteilung der Prozesselemente festhalten - , musste dieses dem von den Parteien zu "beweisenden" Tatbestand zugeordnet werden⁷³. Dabei handelte es sich zwar um eine verkürzende Betrachtungsweise des ausländischen Rechts, doch konnte dieses so - wie andere Tatsachen - der Beweispflicht unterstellt

71 Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 7; ders., Application of Foreign Law 5. Zur Begriffsverwirrung um die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen des Urteils siehe Rädig 4 f N 5.

72 Schweizerisches Zivilprozessrecht 156.

73 Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 10 f; Lalive, Tendances et méthodes 225; mit eingehender Terminologiediskussion zu "Rechtsfrage" und "Tatfrage" Kralik, Iura novit curia 82.

werden. Richtig besehen stellt fremdes Recht eine Besonderheit dar und ist weder den Tatsachen noch dem inländischen Recht zuzuordnen⁷⁴.

Die eine wichtige "Folgerung", die aus der Tatsachentheorie gezogen wurde, ist die Verpflichtung der Parteien zum Nachweis des anwendbaren fremden Rechts. Die zweite bedeutende Konsequenz ergibt sich im Hinblick auf die Ueberprüfung der Fremdrechtsanwendung (Revisibilität). Tatfragen im Prozess werden von den höchsten Berufungsinstanzen eines Landes grundsätzlich nicht überprüft - so steht auch in der Schweiz hiefür eine Berufung ans Bundesgericht nicht offen. Wird nun fremdes Recht als ein Tatsachenelement angesehen, bedeutet dessen Anwendung eine Tatfrage und ist im dargelegten Sinn nicht berufungsfähig⁷⁵.

Ein weiterer Schluss, der vor allem im angloamerikanischen Recht aus der Lehre vom Tatsachencharakter gezogen wurde, ist die Pflicht zum "pleading": Soll fremdes Recht berufen werden, ist dessen Anwendbarkeit zu behaupten⁷⁶.

Die genannten theoretischen Folgerungen hatten den willkommenen Effekt, dass die Fremdrechtsanwendung in erheblichem Umfang den Parteien überlassen werden konnte. Parallel dazu wurde so die Anwendung der *lex fori*

74 Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 11: "... die erwähnte Einteilung der Prozesselemente in zwei Kategorien ist eben infolge ihres Ausgangspunktes nicht exklusiv. Neben der Kategorie der Tatsachen und der des Rechts, das sich in Wirklichkeit allein auf das inländische positive Recht beschränkt, gibt es eine dritte Kategorie. Es ist dies die Kategorie des ausländischen Rechts, das bei der Aufstellung der beiden erwähnten Kategorien nicht berücksichtigt worden ist und das weder geltendes inländisches Recht noch Tatsache ist."

75 Rigaux, La nature du contrôle 75 u. 129; Schlesinger, Behandlung des Fremdrechts 59; Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 12 u. 19; ders., Application of Foreign Law 30; Giuliano, Traitement du droit étranger 26. Grundlegend schon Gabriel Marty, La distinction du fait et du droit (Paris 1929). - Zur Revisibilität vgl. 4. Abschnitt.

76 Schlesinger, Behandlung des Fremdrechts 57 (ff); SCHLESINGER gibt einen guten Ueberblick über die Folgerungen aus dem ehemals "reinen" Faktizitätsprinzip. - Zum "pleading" in den USA siehe vorne bei Anm. 49 ff.

gefördert. Hält man sich dies vor Augen, kann die Lehre vom Tatsachencharakter des fremden Rechts nicht mehr als einen praxisorientierten Erklärungsversuch darstellen. Dass diese Theorie zu solchem Zweck geschaffen wurde und heute keine zwingenden Folgerungen mehr zulässt, wird im Schrifttum anerkannt⁷⁷. Die Abkehr vom Faktizitätsprinzip soll an Beispielen gezeigt werden. Würde man konsequent vom Tatsachencharakter des fremden Rechts ausgehen, wäre bei Scheitern des Fremdrechtsnachweises ein Anspruch nicht begründet und die betreffende Klage abzuweisen. Diese rigorose Folgerung wird heute praktisch in keiner Rechtsordnung mehr gezogen; vielmehr wendet man diesfalls ein Ersatzrecht an (dazu hinten). Im weiteren ginge es nicht an, einerseits das fremde Recht von Amtes wegen anzuwenden (*iura novit curia*), andererseits zugleich die Revisibilität nicht zuzulassen. Eine solche Regelung aber kommt in praxi vor, z.B. in der Bundesrepublik Deutschland. Für den Prozess vor einem amerikanischen Schwurgericht würde die Tatsachentheorie zur Folge haben, dass die Geschworenen über den Inhalt des ausländischen Rechts zu befinden hätten. Diese Aufgabe ist jedoch schon lange dem Richter überbunden worden⁷⁸. Die angeführten Beispiele mögen die Tatsache veranschaulichen, dass heute nirgends mehr vom Faktizitätsprinzip als solchem ausgegangen wird - auch nicht in den USA und in England⁷⁹. Umgekehrt darf eine bestimmte positivrechtliche Regelung eines Landes, vorab was Ermittlung und Revisibilität betrifft, nicht zur Annahme einer festen Theorie verleiten⁸⁰.

77 Zajtay, Application of Foreign Law 6 ff; ders., Science et fictions 52; Brauksiepe 139; Vouilloz 64.

78 Nussbaum, Grundzüge 74.

79 Zu England siehe insbesondere Cohn 163 u. passim. Ausführlicher zum angloamerikanischen Recht vgl. hienach III.1.b.

80 Dölle, Anwendung fremden Rechts 59; Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 15; ders., Application of Foreign Law 6; Brauksiepe 132 ff; Schlesinger, Recurrent Problem 3. - In diesem Sinne ungenau, wenn auch vom Ergebnis her begrüßenswert, Schwind, Zwischenbilanz 122 zum neuen österreichischen IPR: "Entsprechend der österreichischen Rechtstradition ging man auch vom zweiten Prinzip aus, dass fremdes Recht immer als Recht anzusehen sei. Man scheute sich daher auch nicht, aus diesem Grundsatz die notwendigen Folgerungen zu ziehen..."

Wie der Tatsachencharakter des fremden Rechts eine Fiktion⁸¹ darstellt, wäre es andererseits ebenso fiktiv⁸², ginge man davon aus, fremdes Recht würde durch die kollisionsrechtliche Berufung in die einheimische Rechtsordnung integriert. Vielmehr behält das so bestimmte Recht seinen fremden Charakter, mit allen spezifischen Eigenheiten, bei⁸³. Demgegenüber vertritt die von der italienischen Lehre entwickelte Rezeptionstheorie - ausgehend von der Exklusivität einer Rechtsordnung - die Ansicht, fremdes Recht werde auf Grund des kollisionsrechtlichen Befehls in die lex fori inkorporiert. Nur so könne es überhaupt berücksichtigt werden. Der lange Zeit herrschend gewesene "rinvio recettizio (od. ricettizio) materiale" ging soweit zu sagen, das ausländische werde in italienisches Recht umgewandelt, so dass beispielsweise die Auslegung nach italienischen Grundsätzen zu erfolgen habe. Um diese Konsequenz nicht ziehen zu müssen, sind die Vertreter der Theorie des "rinvio recettizio (od. ricettizio) formale" der Ansicht, "dass die italienischen Kollisionsnormen die durch sie berufenen ausländischen Rechtsnormen zwar in eine inländische Rechtsquelle verwandeln, jedoch mit dem Inhalt und mit der Bedeutung, die ihnen im Rahmen der Rechtsordnung zukommen, für die sie im Ausland geschaffen worden sind"⁸⁴. Dieser Auffassung hat sich auch, nach längerem Zögern und eigenständiger Praxis, die italienische Rechtsprechung angeschlossen⁸⁵. Heute zeichnet sich indessen auch in Italien eine zunehmende Relativierung der Rezeptionstheorie ab⁸⁶. Ausserhalb Italiens ist die Rezeptionstheorie - abgesehen von der ihr

81 Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung 666; Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 18; ders., Science et fictions 52 f.

82 Zajtay, Lehre vom Tatsachencharakter 194.

83 Dölle, Anwendung fremden Rechts 58.

84 Cappelletti, Kolloquium Max-Planck-Institut 30.

85 Cappelletti a.a.O. (Anm. 84) 31 ff (39 f); Zajtay, Application of Foreign Law 4.

86 Grundlegend zu den Anfängen sowie zur Fortdauer der Rezeptionstheorie u.a. Cappelletti, Kolloquium Max-Planck-Institut 29 u.40; Ago, Règles générales 299 ff u. 304 ff; Giovanni Pau, La funzione e la natura del diritto internazionale privato nella dottrina italiana recente, in: Rivista di diritto internazionale 36 (1953) 64 - 104; Aldo Bernardini, Produzione di norme giuridiche mediante rinvio (Milano 1966); Vanni (1971) 48 ff; Ballardore Pallieri 19 ff.

verwandten amerikanischen Local Law Theory⁸⁷ - durchwegs abgelehnt worden⁸⁸. Für die Frage der Ermittlung fremden Rechts muss immerhin betont werden, dass durch diese Lehre der Weg für eine "prozessuale Gleichbehandlung des ausländischen Rechts mit dem inländischen"⁸⁹ geebnet werden konnte. Das ist es schliesslich, was denjenigen interessiert, der für eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen eintritt. Erforderlich ist der theoretische Umweg jedoch nicht - ebensowenig wie die Lehre vom Tatsachencharakter des fremden Rechts für den Parteinachweis.

2. Zur Beweisbedürftigkeit des zuständigen fremden Sachrechts

Übereinstimmung besteht heute darin, wie aufgezeigt wurde, dass fremdes Recht im Verfahren nicht als Tatsache betrachtet werden kann. Ebenso einig ist man sich andererseits, dass vom Rechtsnormcharakter her nicht zwingend auf prozessuale Gleichbehandlung mit dem inländischen Recht geschlossen werden darf. Das einer Rechtsordnung zugrunde liegende Theoriekonzept vermag höchstens tendenziell für die Fremdrechtsbehandlung etwas auszusagen⁹⁰. In der Tat sind denn auch verschiedene Misch"systeme" festzustellen, die mehr einer Rechtsanwendung von Amtes wegen oder mehr einem Tatsachenbeweis nahekommen. Eine Studienkommission der Inter-

87 Nussbaum, Grundzüge 33 ff; Kegel, Internationales Privatrecht 92; Kahn-freund, General Problems 268 f; Zajtay, Application of Foreign Law 4.

88 U.a. Schnitzer, Anwendung 85; Batiffol/Lagarde 411 f; Zajtay, Science et fictions 51; Goldschmidt, Philosophische Grundlagen 213; Brauksiepe 146 ff; Raape/Sturm 306. - Positiv gegenüber der Lehre von der formellen Rezeption äussert sich Knittel 22 ff; zur Begründung verweist er auf die Geltung fremden Rechts im Inland (dazu hinten 3. Abschnitt § 1 I. 1. b.).

89 Cappelletti, Kolloquium Max-Planck-Institut 30 sowie insbes. 40.

90 Lalive, Tendances et méthodes 226; Zajtay, Application of Foreign Law 7; Dölle, Anwendung fremden Rechts 59.

nationalen Richtervereinigung hat das 1966 in einer Resolution folgendermassen zum Ausdruck gebracht⁹¹:

"Einstimmig ist die Kommission der Ansicht, dass das fremde Recht, das aus allgemeinen und unpersönlichen Regelungen besteht, nicht als Tatsache angesehen werden sollte, dass aber trotzdem die Schwierigkeiten, die die Anwendung fremden Rechts durch die nationalen Gerichte aufwirft, von solcher Natur sein können, dass sie eine prozessuale Behandlung rechtfertigen, die abweicht von derjenigen, die für das nationale Recht vorgesehen ist."

Im folgenden sollen Fragen erörtert werden, die eine Verpflichtung der Parteien zum Nachweis fremden Rechts allgemein aufwirft. Dabei sind die Besonderheiten und Unterschiede gegenüber dem Tatsachenbeweis hervorzuheben⁹².

Für Konzeption und Durchführung des Rechtsnachweises ergeben sich vorgängig zwei Probleme. Zum einen geht es um die Frage, ob Rechtssätze überhaupt Gegenstand des Beweises sein können. Sodann ist zu entscheiden, wieweit die allgemeinen Regeln der Beweis^{last} auch für den Nachweis eines fremden Rechts gelten. Mit beiden Problembereichen im Zusammenhang steht die Frage, ob das nachzuweisende Recht in den Formen des prozessualen Beweises ermittelt werden muss oder ob ein Verzicht auf gewisse Erfordernisse der Beweisführung zulässig ist.

Der Beweis als Verfahren zur Bildung richterlicher Ueberzeugung von der "Richtigkeit einer (positiven oder negativen) Sachbehauptung"⁹³ hat vor allem Tatsachen zum Gegenstand⁹⁴. In der Schweiz ist weiterhin unbe-

91 Abgedruckt bei Firsching, Anwendung 278 (Ziff. I.2.).

92 Die Frage, ob ein Parteinachweis opportun sei, ist hienach unter II. abzuhandeln.

93 Kummer, Kommentar zu ZGB 8 N 20.

94 Tatsachen im Sinne des Beweisrechts sind "die konkreten, nach Ort und Zeit bestimmten zurückliegenden oder jetzigen Gegebenheiten der Aussenwelt (sogenannte äussere Tatsachen) oder Gegebenheiten des menschlichen Innenlebens (sogenannte innere Tatsachen)" (Kummer, Kommentar zu ZGB 8 N 87). - Zum in der Lehre umstrittenen Tatsachenbegriff siehe etwa Geisler 178 f bei Anm. 10; GEISLER würde anstelle von "Tatsachen" den Terminus "Randbedingungen" vorziehen.

stritten, dass auch Rechtssätze (Normen) Beweisgegenstand sein können⁹⁵. Dies ist der Fall beim Gewohnheitsrecht und bei Vorliegen eines ausländischen Rechts. Offensichtlich hiebei ist der Zusammenhang zwischen der Beachtung fremden Rechts im Verfahren (grundsätzlich keine Ermittlung von Amtes wegen; vgl. dazu hinten) und der Auffassung vom Beweisgegenstand. Ähnliches kann für das deutsche Recht gesagt werden, jedoch unter Umkehr der Vorzeichen. Ausgehend von der Verpflichtung, auch fremdes Recht von Amtes wegen anzuwenden, verneint ein erheblicher Teil der Lehre für die BRD die Möglichkeit, über Rechtssätze Beweis zu erheben⁹⁶. Lediglich die Beweismittel könnten für die Form der Ermittlung analog verwendet werden. Die Beispiele der Schweiz und der BRD zeigen, wie sehr die Frage, ob Rechtssätze Gegenstand des Beweises sein können, von der Ausdehnung des Satzes "iura novit curia" auf die Fremdrechtsanwendung abhängt. Damit ist aber in theoretischer Hinsicht nicht viel gewonnen. Dem wurde im neueren Schrifttum verschiedentlich Rechnung getragen. So hat jüngst GEISLER - man kann sagen: in funktionaler Betrachtungsweise - auf Rechtsaspekte hingewiesen, "die mit den Beweismethoden erfasst werden können, die das Prozessrecht für Tatsachen bereithält"⁹⁷. Beispielsweise seien Wortlaut und Inkrafttreten eines Gesetzes "Tatsachen", die durch Urkundenbeweis belegt werden könnten. Ferner gehe es bei einer geltenden Gesetzesauslegung und beim Richterrecht um Rechtstatsächlichkeiten (Wirklichkeiten), die Sachverständige nachzuweisen imstande seien. Aus solcher Sicht erscheinen nicht nur Tatsachen als dem Beweis zugrunde zu legende "Gegebenheiten" (KUMMER) oder "Randbedingungen" (GEISLER), sondern auch Rechtssätze. Von hierher

95 Guldener 319; Kummer, Kommentar zu ZGB 8 N 86 u. 102 ff; Sträuli/Messmer N 6 zu ZPO 133.

96 U.a. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann N 2) zu § 293. - Umstritten ist die Frage auch dort, wo fremdes Recht von den Parteien nicht durch kollisionsrechtliche, sondern durch eine materiellrechtliche Verweisung berufen wird (zum Unterschied grundlegend M. Keller/C. Schulze/M. Schaetzle, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Internationalen Privatrecht Bd. II (Zürich 1977) 1). Schütze, Beweisbedürftige Tatsache 1652 f möchte den ausländischen Rechtssatz diesfalls als beweisbedürftige Tatsache behandelt wissen. A.M. ist Kegel in Soergel/Siebert N 92 vor Art. 7, der auch hier eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen postuliert. Ebenso Brauksiepe 52.

97 Geisler 179.

gelangt denn GEISLER zum Schluss, dass (ausländisches) Recht - ebenso wie Gewohnheitsrecht und Erfahrungssätze - grundsätzlich Beweisgegenstand sein könne⁹⁸. Diese Frage als solche aber interessiert den Funktionalisten letztlich weniger; im Blickpunkt stehen vielmehr die aus dem Recht als Beweisgegenstand gezogenen Folgerungen. - Auf theoretischer Ebene hat sich sodann der Deutsche Jürgen ROEDIG in seiner Habilitationsschrift (Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973 erschienen) eingehend mit den Rechtsnormen als Gegenstand des Beweises auseinandergesetzt. Nach ROEDIG muss unterschieden werden zwischen dem ein Verhalten gebietenden Normsatz und der die Anwendung und Beobachtung einer Norm "lediglich beschreibenden Aussage"⁹⁹. Letztere kann über die Geltung des objektiven Rechts nur mehr oder weniger zuverlässig Auskunft geben und entzieht sich daher einer Beurteilung durch die Attribute "wahr" und "falsch"¹⁰⁰. Wird vom Kriterium der Wahrheit ausgegangen, können Normaussagen im dargelegten Sinn - logisch betrachtet - nicht bewiesen werden. Demgegenüber soll ein Normsatz auf Wahrheit hin überprüfbar sein; dann nämlich, wenn ein bestimmtes Verhalten die Eigenschaft hat, im Hinblick auf die betreffende Norm geboten oder verboten zu sein¹⁰¹. Das bringt jedoch nicht viel, zumal die tatsächliche Verwirklichung der Norm von Interesse ist. Und hier gilt, was GRUNSKY¹⁰² zutreffend folgendermassen ausdrückt (und auch ROEDIG nicht anders sieht): "Es gibt kein äusserliches Kriterium, von dem aus auf das Vorliegen einer Norm geschlossen werden kann. Insbesondere kann nicht aus einem bestimmten Verhalten seine Erlaubtheit oder umgekehrt das Vorhandensein eines Verbots gefolgert werden." Die Geltung von Rechtssätzen (Normen) kann also nicht bewiesen, sondern höchstens soziologisch untersucht

98 Geisler 179 f. Zur verwandten Problematik von Erfahrungssatz und ausländischem Recht auch Broggini, Maxime 481.

99 Rödиг 260 u. allg. 254 ff.

100 Rödиг 6, 255 (mit Zitierung von WEINBERGER), 305.

101 Rödиг 257 f, der die "Schlichtheit" dieser Wahrheitsdefinition zugibt. Vgl. auch die grundlegende und faire Auseinandersetzung mit Rödigs Werk von Wolfgang Grunsky, Zur Bedeutung der Logik für das Verständnis des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, in: Juristenzeitung 1974, 750 - 754 (752).

102 A.a.O. (Anm. 101) 752.

und beschrieben werden. Das ist wichtig auch für die Fremdrechtsanwendung. Grundsätzlich ist nämlich das geltende ausländische Recht - wie in der betreffenden Rechtsordnung verwirklicht - anzuwenden¹⁰³. Muss dieses nachgewiesen werden, kann im logischen Sinne nicht von einem "Beweis" die Rede sein. Wird fremdes Recht gleichwohl dem Beweis unterstellt, ist damit nicht mehr als ein - dem Tatsachenbeweis funktional verwandter - Nachweis sui generis gemeint.

Spricht man vom Beweis fremden Rechts, liegt es nahe, für die Verteilung der Beweis"pflichten¹⁰⁴, ebenso auf die Regelung beim Tatsachenbeweis zu greifen. Damit stellt sich die Frage nach der Beweislast: als Inbegriff der Regeln, welche über die Folgen der Beweislosigkeit befinden¹⁰⁵. Wird in einer Rechtsordnung die Ermittlung des zuständigen fremden Sachrechts im Sinne einer Nachweispflicht den Parteien überbunden, muss richtigerweise auch normiert werden, welches die Folgen einer Nichtermittlung ("Nachweislosigkeit") sind. Insofern besteht Übereinstimmung mit dem Tatsachenbeweis. Der entscheidende Unterschied liegt jedoch bei den Folgen. Die Beweislastregeln "weisen den Richter an, zuungunsten derjenigen Partei zu entscheiden, die für das unbewiesen gebliebene Sachvorbringen die Beweislast trägt¹⁰⁶". Bleibt eine Tatsache unbewiesen, kann der Beweisverpflichtete aus ihr keine Rechte ableiten. Demgegenüber darf bei fehlgeschlagener Fremdrechtsermittlung eine Klage - von Ausnahmen abgesehen - nicht etwa mit der Begründung abgewiesen werden, es fehle an einer Rechtsgrundlage. Vielmehr muss diesfalls auf ein Ersatzrecht gegriffen werden¹⁰⁷. Weicht letzteres vom an sich anwendbaren Recht ab, hat diese Divergenz natürlich

103 Dazu hinten 3. Abschnitt § 1 I.1.b.

104 Die keine eigentlichen Rechtspflichten sind: Guldener 327.

105 Kummer, Kommentar zu ZGB 8 N 32. Zur Beweislast jetzt auch Georges Huguenin-Dumittan, Behauptungslast, Substantiierungspflicht und Beweislast (Diss. Zürich 1980) 52 ff, 119 ff u. passim.

106 Kummer, Kommentar zu ZGB 8 N 20 (sowie N 33 f).

107 Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung 666; Zajtay, Application of Foreign Law 23 f. Zum Ersatzrecht siehe hinten bei Anm. 299 ff u. 308 ff.

zu Lasten einer der Parteien zu gehen¹⁰⁸. Nur besteht immerhin noch ein Recht, aus dem sich etwas herleiten lässt. Dass dieses unter Umständen für den Betroffenen vom Ergebnis her weniger "günstig" ist, ändert an der grundsätzlich unterschiedlichen Folgenregelung nichts. Es sollte deshalb im Zusammenhang mit einem Rechtsnachweis nicht von Beweislast gesprochen werden. - Wird den Parteien (und nicht dem Richter) die Ermittlung fremden Rechts auferlegt, stellt sich auch hier die Frage, welche der Parteien den Nachweis erbringen muss¹⁰⁹. Es ist dies, auf eine gebräuchliche Umschreibung gebracht, die an der Anwendung eines fremden Rechts "interessierte Partei". KEGEL versteht darunter diejenige Partei, "zu deren Ungunsten entschieden wird, wenn der Inhalt des ausländischen Rechts nicht bewiesen wird¹¹⁰". Diese Formulierung ist nicht geschickt; es kann nämlich der Fall eintreten, dass der anfänglich an einem fremden Recht Interessierte bei der Anwendung etwa der lex fori als Ersatzrecht zu einem "günstigeren" Prozessergebnis gelangt. Sodann muss erneut die zu enge Anlehnung dieser Formulierung an den Tatsachenbeweis unterstrichen werden. Besser erscheint es, die "interessierte Partei" im Hinblick auf Ansprüche und Einreden zu konkretisieren. Danach hat derjenige den Nachweis zu erbringen, dessen Anspruch sich aus dem fremden Recht herleitet¹¹¹.

Abschliessend muss noch geprüft werden, wieweit die Förmlichkeiten des prozessualen Beweises von Tatsachen auch für den Nachweis fremden Rechts gelten (sollen). Im allgemeinen ist der Richter selbst dort, wo den

108 Insofern wird auch hier bisweilen von einer (objektiven) Beweislast gesprochen: siehe Kralik, Iura novit curia 93; Brauksiepe 83.

109 Analog zur Beweisführungslast (subjektive Beweislast) beim Tatsachenbeweis. Hiezu Kummer, Kommentar zu ZGB 8 N 31 u. Kegel, Ermittlung ausländischen Rechts 164 (ff).

110 Kegel a.a.O. (Anm. 109) 159.

111 Dicey/Morris 1133; H. Batiffol, Entscheidung in Revue critique de droit international privé 1970, 701; P. Lagarde, Entscheidung in Revue critique de droit international privé 1981, 97 f: mit vielen Hinweisen auf die französische Rechtsprechung, welche zeigt, dass bei Einreden, die sich auf ausländisches Recht abstützen, die Konkretisierung der Regel nicht immer leichtfällt.

Parteien die Fremdrechtersmittlung obliegt, freier bei der Auferlegung und Abnahme des Nachweises, als dies beim Tatsachenbeweis der Fall ist¹¹². Das zeigt sich insbesondere an der richterlichen Befugnis zur Verwertung eigenen Wissens. Auch für den Zeitpunkt des Nachweises und die Formen der Beweismittel ergeben sich Unterschiede¹¹³. Demzufolge dürfen für die prozessuale Durchführung des Nachweises keine voreiligen Schlüsse gezogen werden, wenn eine Rechtsordnung bei der Fremdrechtsanwendung von der Beweiskonzeption ausgeht. Fast durchwegs anders verhält es sich im schweizerischen Recht, beispielsweise in der Zürcherischen Zivilprozessordnung¹¹⁴. In folgerichtiger Anknüpfung an die Auffassung vom Beweisgegenstand (ZPO 133) sind auch die zu "beweisenden" Rechtssätze in den das Beweisverfahren eröffnenden Beweisauflagebeschluss (ZPO 136 Ziff. 1) aufzunehmen. In der anschliessenden Beweisantrittungsschrift "haben die Parteien sämtliche Beweismittel unter genauer Bezugnahme auf den Beweisauflagebeschluss zu bezeichnen" (ZPO 137). Diese völlige Gleichschaltung mit dem Tatsachenbeweis geht zu weit und darf Abweichungen im Einzelfall nicht ausschliessen (etwa im Hinblick auf die Beweiswürdigung oder ein Gutachten). Sie petrifiziert zudem den bestehenden Zustand, der grundsätzlich keine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen kennt.

Zwischen dem Tatsachenbeweis und dem Rechtsnachweis gibt es verwandte Fragestellungen. Gleichwohl dürfen die Regeln zum Beweis von Tatsachen nicht tale quale auf den Nachweis fremder Rechte übertragen werden. Die Praxis mit vielfach differenzierenden Lösungen hat das bestätigt.

112 Dölle, Anwendung fremden Rechts 59; Kötz, Allgemeine Rechtsgrundsätze 663.

113 Zur Kontroverse über die Formerfordernisse beim Sachverständigen-gutachten in der BRD vgl. Geisler 184 f.

114 Zur kürzlich erfolgten Angleichung (1976) bei der Verwertung des eigenen Wissens des Richters Sträuli/Messmer N 7 zu § 133.

II. Ermittlung und Tragweite des kollisionsrechtlichen Befehls

Schon im vorhergehenden Abschnitt über die Bestimmung des zuständigen Sachrechts wurde hingewiesen auf den Zusammenhang der kollisionsrechtlichen Anknüpfung mit der Anwendung, insbesondere Ermittlung des so berufenen Rechts. Einerseits müssen diese zwei Fragestellungen - in Verbindung mit dem zweistufigen Vorgehen bei der Lösung eines IPR-Falles - auseinandergehalten werden, andererseits erscheinen sie aufs engste miteinander verknüpft. Wieweit verlangt eine Anwendung des Kollisionsrechts von Amtes wegen (zwingende Natur des IPR) auch eine Anwendung, vorab die Ermittlung fremden Rechts, von Amtes wegen? Anders ausgedrückt: Entspricht dem kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl der ersten Stufe ein solcher auf der zweiten Stufe? Letzteres ist zu bejahen. Gebietet eine Rechtsordnung - was ihr mehr oder weniger freisteht - die Beachtung ihrer Kollisionsnormen, will sie folgerichtig den Satz "iura novit curia" auf die Fremdrechtsanwendung ausgedehnt wissen. Der Schlussbericht der Expertenkommission zum Entwurf eines schweizerischen IPR-Gesetzes umschreibt das wie folgt¹¹⁵:

"Da die Anwendung des ausländischen Rechts Konsequenz aus dem Befehl einer schweizerischen Kollisionsnorm ist, hat der Richter die Aufgabe, diesem Befehl, notwendigenfalls unter Beizug der Parteien, selbst Nachachtung zu verschaffen ..."

Unzweifelhaft erscheint demzufolge, dass für das schweizerische IPR von dessen imperativem Charakter ausgegangen wird¹¹⁶. Würden dem kollisionsrechtlichen Befehl für die Ermittlung des fremden Rechts keine Konsequenzen entnommen, liefe er Gefahr, unverbindlich im Raume stehen zu bleiben. Ersichtlich ist das beispielsweise am staatsvertraglich vereinbarten

115 Schlussbericht 62. Ebenso Motulsky, L'office du juge 369; Vischer, Kodifikation 104; Kalensky 715; Lalive, Tendances et méthodes 160; Colin 412 (mit der kühnen Behauptung, anno 1890: "... qu'il n'y a nulle différence à faire entre l'application d'une loi étrangère et celle de la loi nationale.").

116 So auch Broggini, Freiburger Kolloquium 78. A.a.O. (S. 75 ff) ausgiebige Expertendiskussion über den vorgeschlagenen Art. 15 im Hinblick auf diese Frage.

Kollisionsrecht. Dieses verlangt zwingend seine Berücksichtigung, auch in Rechtsordnungen, deren einheimisches Kollisionsrecht im übrigen fakultativen Charakter hat¹¹⁷. Es kann nicht angehen, die Verbindlichkeit internationaler Uebereinkommen durch Statuierung eines den Parteien obliegenden Rechtsnachweises zu relativieren. Dies gilt aber allgemein und überall dort, wo vom kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl ausgegangen wird¹¹⁸. - Eine andere Frage ist, was "*iura novit curia*" auf dem Gebiet der Fremdrechtsanwendung bedeutet und ob eine solche von Amtes wegen überhaupt opportun ist (dazu im folgenden).

Der Grundsatz "*iura novit curia*" bedeutet, allgemein verstanden, die Zuteilung der "Verantwortung für die Rechtsanwendung" an den Richter¹¹⁹. Im besondern folgt daraus, dass der Richter die einschlägigen Rechtssätze von sich aus anzuwenden hat. Das setzt voraus, dass er sich die hierfür notwendigen Rechtskenntnisse verschafft. Andererseits heisst dies nicht, dass der Richter sein Recht gleichsam "mit sich" trage und stets präsent habe. Das wäre eine Fiktion. *Iura novit curia* meint lediglich (aber immerhin!) die amtswegige Beschaffung und Anwendung der einschlägigen Rechtssätze im Hinblick auf die Subsumtion eines konkreten Sachverhalts. Geht es also nicht um das abrufbereite Wissen an sich, kann für die Fremdrechtsanwendung a fortiori nichts anderes gelten. Selbstverständlich kennt eine rechtsanwendende Person nicht alle fremden Rechte! Das meint der Satz "*iura novit curia*", bezogen auf die Fremdrechtsanwendung, aber auch gar nicht. Von daher ist die Argumentation, ausländisches Recht könne mangels hinreichender Rechtskenntnisse nicht einer Anwendung von Amtes wegen unterliegen, zu billig. Aufgabe des Richters bei einem international gelagerten Sachverhalt ist es, sich in fremdes Recht einzuarbeiten und die für die konkrete Rechtsfrage anwendbaren Normen aufzufinden. *Iura novit curia* legt

117 Lalive, *Tendances et méthodes* 163; von Overbeck 18 ff.

118 Zum Zusammenhang desselben mit der Ermittlung ausländischen Rechts siehe ferner Vouilloz 100; Vanni 91 ff; Salvatore Satta, "*Iura novit curia*", in: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 9 (1955) 380 - 385; La Pradelle, *Entscheidenmerkung in Revue critique de droit international privé* 1973, 504 u. 508 f; Flessner 555 f (kritisch).

119 Meier 3.

hier den Akzent noch mehr auf die Ermittlung als Feststellung des Rechts¹²⁰. Dabei muss, was nicht verschwiegen sei, der rechtsanwendenden Person ein gewisses Ermessen eingeräumt werden. Die Schwierigkeiten der Ermittlung verlangen bisweilen ein besonderes Vorgehen - dem Gutachten z.B. kommt eine grössere Bedeutung zu - und sind der Grund für häufige Abschwächungen des Prinzips "iura novit curia". KEGEL hat das in seinem Lehrbuch¹²¹ zutreffend so formuliert: "Natürlich kann man vom Richter nichts Uebermenschliches fordern. Daher hat er nur nach pfllichtgemäßem Ermessen unter Gebrauch der ihm zugänglichen Erkenntnismöglichkeiten den Inhalt ausländischen Rechts zu ermitteln. In der Ausübung des Ermessens hat er Spielraum." Theoretisch steht einer Ausdehnung von "iura novit curia" als Folge des kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehls nichts im Wege. Ja, jede Abschwächung dieses Grundsatzes für die Fremdrechtsanwendung bedeutet zugleich eine Relativierung des Kollisionsrechts.

Umstritten ist die Frage nach der Opportunität einer Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen. Hiezu sind denn die verschiedensten Argumente beigebracht worden, die sich aber nur teilweise auf den kollisionsrechtlichen Befehl beziehen. Vielfach zielten und zielen sie direkt auf tatsächliche und vermeintliche Erfordernisse der Praxis ab. Hauptargument gegen die Ausdehnung von "iura novit curia" bilden die zugegebenermassen bestehenden Schwierigkeiten der Ermittlung des fremden Rechts. Insbesondere für kleinere Gerichte, wie sie z.B. in der Schweiz anzutreffen sind, ergibt sich gegenüber dem Inlandrecht ein beträchtlicher Mehraufwand, der die tägliche Arbeit spürbar zu beeinflussen vermag. Dem ist indessen für die jüngere Zeit mit Recht entgegengehalten worden, vermehrte Informationsmöglichkeiten böten hier Abhilfe¹²²; auf diese wird noch eingehender einzutreten sein. Im weiteren hat man versucht, den Parteinachweis aus der Sicht gerade der

120 Lalive, *Tendances et méthodes* 226 f; Vouilloz 66 ("le rôle du juge est moins de connaître le droit que de l'appliquer") u. 111 f; Motulsky, *L'office du juge* 369; Riezler 491.

121 *Internationales Privatrecht* 228. Vgl. auch Kahn-Freund, *General Problems* 423.

122 U.a. Lalive, *Tendances et méthodes* 228.

Parteien zu rechtfertigen. So wurde gesagt, diese seien nur dann imstande die Anwendung durch den Richter zu überprüfen, wenn sie selbst gehalten sind, sich über fremdes Recht zu informieren¹²³. Sehr dezidiert in diese Richtung hat sich TROLLER geäußert¹²⁴. Danach haben die Parteien im Hinblick auf ihre Sachvorträge das anwendbare Recht zu kennen. Schon für das Vorbringen und Formulieren der für sie relevanten Tatsachen müssten sie wissen, was das zuständige materielle Recht in Lehre und Rechtsprechung zu den einzelnen Punkten aussagt. "Eine Sachverhaltsdarstellung, die von dem anzuwendenden Recht unabhängig ist, plaudert in einen rechtsleeren Raum hinein"¹²⁵. "Sosehr diese Ueberlegungen zutreffen, die von TROLLER daraus gezogene Folgerung, das Erfordernis eines Parteienachweises sei gerechtfertigt, ist nicht zwingend. Insbesondere wird dagegen der Einwand vorgebracht, die Parteien könnten - mit Falschaussagen über das fremde Recht - die Anwendung durch den Richter manipulieren"¹²⁶. Diese Gefahr kann nicht wegdiskutiert werden. So gibt es immer wieder konkrete Fälle, in denen ausländische Korrespondenzanwälte und andere Auskunftspersonen für den Klienten Fremdrechtsnachweise liefern, die bewusste Präjudizienverfälschungen, Gesetzesauslassungen u.ä. enthalten. Wenn Parteienvertreter schon in Streitigkeiten mit reinem Inlandbezug fiktive Präjudizien anführen, um wieviel grösser ist die Gefahr, dass ein Richter in Fremdrechtsfällen über solche Machenschaften stolpert, wenn er nicht zu eigenen Recherchen verpflichtet ist. Auch diesfalls können ihm Fehler unterlaufen. Nur sollte er dann imstande sein, den Parteienkenntnissen seine eigenen gegenüberzustellen und Vergleiche anzubringen. Dazu müsste er übrigens beim "reinen" Parteienachweis ebenso fähig sein. Denn auch hier verbleibt die Anwendung letztlich beim Richter, der sich dadurch des fremden Rechts anzunehmen hat und an die Nachweise nicht gebunden ist. Warum ihn dann nicht von Anfang an zur Ermittlung verpflichten? Selbst für Rechtsordnungen mit grundsätzlicher Ermittlungspflicht des Richters mag es andererseits sinnvoll sein, die Parteien zur Mitarbeit

123 Vgl. dazu Zajtay, *Application of Foreign Law* 9.

124 Troller 846.

125 Troller a.a.O. Ähnlich Gutzwiller, *Ziel und Methode* 182.

126 Schnitzer, *Anwendung* 88; Brauksiepe 50.

beizuziehen. Typisches Beispiel ist der Fall, in dem Parteien bzw. deren Vertreter auf einem Rechtsgebiet spezialisiert sind¹²⁷. Iura novit curia meint hier eben kein idealtypisches Extrem, sondern einen Grundsatz, der durch sachadäquate Zusammenarbeit aller Beteiligten ergänzt wird. Auf diesem Boden steht auch Art. 15 des schweizerischen Entwurfs zu einem IPR-Gesetz. Der deutsche Bundesgerichtshof hat in einem Urteil vom 30.3.1976 dazu folgendes ausgeführt¹²⁸: "Zwar hat der Tatrichter das ausländische Recht selbst zu ermitteln; die Parteien müssen ihn hierbei jedoch nach ihren Kräften unterstützen, dies vor allem dann, wenn sie selbst, wie hier die Beklagte, ohne besondere Schwierigkeiten sich Zugang zu den Erkenntnisquellen des für das Gericht fremden Rechtskreises verschaffen kann." - Für eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen - im dargelegten Sinn - gibt es weitere Argumente. So führt die zunehmende Ausrichtung auf das Wohnsitzprinzip zu einer Abnahme der Fälle, in denen fremdes Recht zur Anwendung gelangt. Auf dem Gebiet des Schuldrechts kann man bei der Anknüpfung nicht einerseits von vermehrter Rücksichtnahme auf die schwächere Partei sprechen, andererseits aber für die Ermittlung und Anwendung alles den Parteien überlassen. Sodann gibt es verschiedene Teilbereiche, in denen eine Anwendung von Amtes wegen unumgänglich ist - beispielsweise im Hinblick auf die Nachprüfung der von NAG 7 h Abs. 1 aufgestellten Erfordernisse, für die Feststellung einer bestimmten Staatsangehörigkeit¹²⁹ oder in bezug auf den Tätigkeitsbereich von Zivilstandsämtern. Warum soll der Richter auf andern Gebieten den Rechtsnachweis abwarten? Schlagen seine Ermittlungsbemühungen fehl und kann ihm die interessierte Partei auch nicht weiterhelfen, steht der Weg zu einem Ersatzrecht immer noch offen. Nur soll die ersatzweise Anwendung der lex fori nicht oberstes Ziel des mit einem internationalen Rechtsfall befassten Richters sein! Will man indessen letzteres anstreben, sei das Kind auch beim Namen genannt. Diesfalls müsste eine Rechtsordnung sich zum Fakultativen Kollisionsrecht bekennen und Bestimmung sowie Anwendung eines fremden Rechts von Behauptung und Nachweis

127 Kegel, Ermittlung ausländischen Rechts 159.

128 IPRspr. 1976, 2 ff (9). Vgl. auch Brauksiepe 53 ff.

129 Hiezu Vouilloz 115; eine andere Auffassung vertritt diesbezüglich das französische Recht: Batiffol/Lagarde 169 ff u. 178 ff.

der Parteien abhängig machen¹³⁰. Ueber die Wünschbarkeit einer Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen mögen die Meinungen auseinandergehen. Schreibt man einem Kollisionsrecht aber verbindlichen Charakter zu, folgt daraus die amtswegige Anwendung des auf Grund dieser Kollisionsnormen bestimmten fremden Rechts. Es bedeutet einen Widerspruch, wenn auf den beiden Ebenen nicht die gleiche Regelung anzutreffen ist. Das schweizerische Recht beruht indessen zu einem Grossteil auf diesem Widerspruch.

III. Positivrechtliche Regelung

I. Rechtsvergleichender Ueberblick

a. Nachbarstaaten der Schweiz

aa. Bundesrepublik Deutschland

Fremdes Recht musste früher in Deutschland wie Tatsachen bewiesen werden. Heute ist es jedoch von Amtes wegen anzuwenden. Diese Regelung wurde auf Grund von § 293 der deutschen ZPO entwickelt; die Bestimmung lautet:

"Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen."

Zwar spricht die genannte Vorschrift lediglich von einer Befugnis des Richters, fremdes Recht von sich aus zu ermitteln. Doch wurde diese Befugnis schon unter der Rechtsprechung des Reichsgerichts in eine Ermittlungspflicht umgedeutet. Bis heute ist anerkannt geblieben, dass dem § 293 eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen zugrunde liegt¹³¹. Wie bereits

¹³⁰ Vgl. hievor 1. Abschnitt § 1 II.

¹³¹ Müller, Kolloquium Max-Planck-Institut 67; Brauksiepe 35 ff; Melchior 418 ff; Kegel in Soergel/Siebert N 89 ff vor Art. 7; ders., Organisation

ausgeführt, schliesst dieser Grundsatz nicht aus, dass darüber hinaus die Parteien zur Mithilfe bei der Ermittlung angehalten werden können¹³². Die amtswegige Feststellung fremden Rechts wird in der BRD vor allem dadurch erleichtert, dass umfangreiche Dokumentationsmittel zur Verfügung stehen. Im besondern werden diese von den verschiedenen Forschungsinstituten genutzt, was sich in einer ausgedehnten Gutachten- und Beratungspraxis niederschlägt¹³³.

bb. Oesterreich

Mit Bezug auf die Fremdrechtsanwendung vertritt das österreichische Recht die gleiche Auffassung wie das deutsche. Traditionellerweise verpflichtet man auch hier den Richter zur Ermittlung von Amtes wegen. Wurde

458; Firsching in Staudinger N 620 vor Art. 12; Brogini, Maxime 478; Koehler 550; Cornils 111; Flessner 547: mit Hinweis auf "faktisch" sich ergebende Ausnahmen im internationalen Schuldrecht. - Zur Zeit wird in der BRD diskutiert, wieweit jüngste Entscheide, die voreilige Rückgriffe auf deutsches Recht als Ersatzrecht sanktionierten, eine Relativierung der Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen nach sich ziehen werden; vgl. Geisler 177 u. 184 ff; Heldrich, Heimwärtsstreben 209 ff; Dilger 37.

- 132 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann N 2) zu § 293; IPRspr. 1976 Nr. 2 (S. 9). - In ihrem Vorschlag zur Reform des deutschen IPR unterbreiten NEUHAUS/KROPHOLLER folgende Neuformulierung für § 293 der ZPO (Abs. 1):

"Fremdes Recht wird von Amtes wegen ermittelt. Das Gericht kann sich dabei aller geeigneten Mittel bedienen; es kann auch die Parteien auffordern, entsprechende Nachweise beizubringen."

Siehe Vorschläge zur Reform 340 (ebenso in Reform des deutschen IPR 143). Der Vorschlag der 1. Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht lautet ähnlich (siehe Reform des deutschen IPR 121):

"Ausländisches Recht ist von Amtes wegen zu ermitteln. Das Gericht darf von den Parteien Nachweise verlangen. Es darf auch Beweis durch Sachverständige erheben."

Auf eine Neuformulierung von § 293 der ZPO verzichtet der Entwurf KUEHNE (vgl. Reform des deutschen IPR 132).

- 133 Zu den Gutachten im einzelnen vgl. hienach § 2 III.5.

diese Regelung bisher auf § 271 der österreichischen ZPO abgestützt, der mit § 293 der deutschen ZPO fast wörtlich übereinstimmt, so gelten heute die neuen Bestimmungen des IPR-Gesetzes v. 15.6.1978. Die einschlägigen Paragraphen lauten¹³⁴:

"§ 3. Ist fremdes Recht massgebend, so ist es von Amts wegen ... anzuwenden."

"§ 4. (1) Das fremde Recht ist von Amts wegen zu ermitteln. Zulässige Hilfsmittel hiefür sind auch die Mitwirkung der Beteiligten, Auskünfte des Bundesministeriums für Justiz und Sachverständigengutachten."

Unter Ausschöpfung relativ bescheidener Möglichkeiten - Auskünfte des Justizministeriums, Vorhandensein der wichtigsten Publikationen auch an kleinen Gerichten, Gutachten von einigen wenigen Spezialisten - sieht sich die österreichische Praxis imstande, das fremde Recht grundsätzlich von Amtes wegen anzuwenden¹³⁵.

cc. Italien

Die Rechtsprechung der Corte di Cassazione, welcher die Frage der Fremdrechtsanwendung überlassen ist, muss als schwankend bezeichnet werden. Eindeutig überholt ist die ältere Auffassung, wonach ausländisches Recht Tatsachen gleichgesetzt und den Beweislastregeln unterstellt wurde. Durch den Anschluss an die Rezeptionstheorie (vgl. vorne), die eine Gleichbehandlung von fremdem und einheimischem Recht brachte, ist in den 60er Jahren - durch zwei grundlegende Entscheide - der italienische Richter zur Fremd-

¹³⁴ Hiezu vgl. Duchek/Schwind zu den §§ 3 u. 4 sowie Schwind, Zwischenbilanz 122; ders., Prinzipien 112 u. 127. Zur bisherigen Regelung und zur österreichischen Tradition auf dem Gebiet der Fremdrechtsanwendung Schwind, Handbuch 69 ff; Schwimann, Kolloquium Max-Planck-Institut 81 u. 84 ff; Baeck 88 ff; Bolka 243.

¹³⁵ Besonderen Dank für Auskünfte schuldet der Verfasser den Herren Professoren HOYER (Wien) und SCHWIMANN (Salzburg) sowie Herrn Ministerialrat im Bundesministerium für Justiz DUCHEK.

rechtsanwendung von Amtes wegen verpflichtet worden¹³⁶. Seither sind indessen verschiedene höchstrichterliche Urteile ergangen, die den Grundsatz wieder relativierten¹³⁷. Gemeinsam ist diesen das Bemühen, die Parteien im Sinne einer Kompromisslösung vermehrt für die Ermittlung beizuziehen. Unklar bleibt dabei, auf welcher Seite letztlich die Verantwortung liegt. Zwar wird noch teilweise vom Prinzip "*iura novit curia*" gesprochen, weniger aber von der daraus folgenden Konsequenz¹³⁸. Es erscheint für interessierte Parteien deshalb ratsam, dem Richter Nachweise über das zuständige fremde Recht vorzulegen - insbesondere was Abweichungen von der italienischen *lex fori* betrifft. Die von der Lehre stets mit Nachdruck geforderte Ermittlung von Amtes wegen findet sich also zur Zeit in praxi nicht (mehr) verwirklicht¹³⁹. Das kann sich aber erneut ändern.

136 Cappelletti, Kolloquium Max-Planck-Institut 36 u. 38; ders., "Jura novit curia". Impossibilità di conoscere il diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato, e metodo comparativo, in: Mauro Cappelletti, *Processo e ideologie* (Bologna 1969) 459 - 474; ders., *Il trattamento* 428 ff. - Hierzu sowie zur früheren Lehre und Rechtsprechung siehe auch Flore 381 ff u. 384 ff; Vanni 100 ff; Giuliano 19 ff; Brogгинi, *Conoscenza* 127 ff; Zajtay, *Application of Foreign Law* 10.

137 Corte di Cassazione (Entscheid n. 4778 vom 15.9.1979) in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 16 (1980) 648: mit Hinweisen auf weitere Entscheidungen; Walter Schneider, *Entscheidungskommentierung in Recht der Internationalen Wirtschaft* 24 (1978) 619 f (mit mehreren Nachweisen).

138 Im Entscheid n. 1942 vom 19.6.1972 hat die Corte di Cassazione die Praxis wie folgt zusammengefasst (abgedruckt in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 9 (1973) 637, 641):

"1) la parte che invoca l'applicazione della legge straniera deve provare che questa contiene norme diverse da quelle italiane; 2) la eliminazione dell'incertezza sul diritto straniero non resta affidata alla esclusiva iniziativa delle parti in base ai comuni principi sull'onere della prova, in quanto, costituendo detta legge pur sempre un insieme di precetti, il giudice - in base al principio *jura novit curia* - può e deve avvalersi di ogni mezzo idoneo allo scopo di determinare il contenuto, collaborando - ove d'uopo - alla ricerca delle parti".

139 Vgl. die Corte di Cassazione in ihrem jüngsten Entscheid (aufgeführt in Anm. 137 hievor) und im Entscheid n. 1877 vom 25.5.1976 (abgedruckt in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 13 (1977) 88, 95).

dd. Frankreich

Der französische Richter ist befugt, jedoch nicht verpflichtet, das anwendbare fremde Recht von sich aus zu ermitteln¹⁴⁰. Diese Regelung wird schon lange nicht mehr auf den angeblichen Tatsachencharakter ausländischen Rechts gestützt. Zu ihrer Rechtfertigung werden vielmehr praktische Überlegungen angeführt. Will ein Richter ausländische Rechtsnormen von Amtes wegen anwenden, ohne dass sich eine der Parteien darauf beruft, so darf er das seit einiger Zeit nur, wenn er zuvor den Parteien Gelegenheit zum Widerspruch gegeben hat. Dieses auf der neuen ZPO (in Kraft seit 19.1.1976) beruhende Prinzip der "contradiction" soll ermöglichen, sowohl die Anwendbarkeit eines fremden Rechts wie dessen Auslegung zu überprüfen¹⁴¹. - Auch in Frankreich sind gewichtige Stimmen laut geworden, die eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen fordern. In erster Linie ist der schon mehrmals zitierte MOTULSKY zu nennen, der auf diesem Gebiet grundlegende Arbeiten¹⁴² verfasst hat. Ihm schloss sich u.a. der derzeitige Präsident des französischen Kassationshofes, BELLET, an. BELLET begründet seine Haltung von der praktischen Seite her damit, dass den Alltag schon jetzt eine Anwendung von Amtes wegen kennzeichne¹⁴³. Er erwartet denn auch, dass die Cour de cassation in zehn bis zwanzig Jahren eine dahingehende Praxisänderung vornehmen werde¹⁴⁴.

140 Ponsard 268; Zajtay, Kolloquium Max-Planck-Institut 18; ders., Stellung des ausländischen Rechts 139 ff; Batiffol/Lagarde 414 f; David 75 (hiezv vgl. Besprechung durch Imre Zajtay in *Revue internationale de droit comparé* 17 (1965) 250 - 254); *Cour de cassation* in *Revue critique de droit international privé* 1979, 88 ff (mit Anmerkung v. P. Hébraud) u. 775 ff (mit Anmerkung v. P. Courbe), 1970, 684 ff (mit Anmerkung v. Simon-Depitre).

141 *Cour de cassation* in *Revue critique de droit international privé* 1979, 88: "Il résulte ... que le juge français ne peut faire application d'un texte de loi étranger qu'il a invoqué d'office qu'après avoir invité les parties à s'expliquer contradictoirement sur son application et son interprétation."

142 U.a. l'office du juge u. Condition de la loi étrangère (vgl. Literaturverzeichnis).

143 Bellet, *Entscheidenmerkung* in *Revue critique de droit international privé* 1965, 135. Zu MOTULSKY siehe Bellet in derselben Zeitschrift 1979, 274 - 276.

144 Bellet, *Freiburger Kolloquium* 9.

b. Weitere

aa. USA

In den Vereinigten Staaten von Amerika bildet bis heute das dem Common Law zugrunde liegende Faktizitätsprinzip den entscheidenden Ausgangspunkt für die Anwendung ausländischen Rechts. Lange Zeit hat man aus der Lehre, ausländisches Recht komme einer Tatsache gleich, rigoros die entsprechenden "Folgerungen" gezogen. So konnte - und kann in manchen Einzelstaaten noch immer - fremdes Recht nur berücksichtigt werden, wenn dessen Anwendbarkeit behauptet ("plead") und dessen Inhalt bewiesen ("prove") wurde¹⁴⁵. Die konsequente Verwirklichung des Faktizitätsprinzips führte bald einmal zu Auswüchsen, die einer Rechtsanwendung inadäquat waren. Beispielsweise konnte nicht befriedigen, dass die Jury (und nicht der Richter) über den Nachweis fremden Rechts hätte befinden sollen. Auch stellte sich die Frage, ob das Verfahren mit Kreuzverhör bei Sachverständigengutachten das geeignete Mittel zur Feststellung des Inhaltes fremden Rechts ist. Vor allem für das Scheitern des Nachweises musste ein Weg gefunden werden, ersatzweise zur Anwendung der lex fori zu gelangen. Diese Umstände führten zu punktuellen Abschwächungen der Theorie vom Tatsachencharakter, die vor allem auf Hypothesen und Fiktionen beruhten. Danach wurde etwa, wenn fremdes Recht nicht nachgewiesen werden konnte, vermutungshalber dessen Übereinstimmung mit der amerikanischen lex fori angenommen¹⁴⁶. In grundsätzlicher Hinsicht ist dadurch nicht viel gewonnen worden.

Die Lösungsversuche der letzten zwei Jahrzehnte bewegen sich vom Faktizitätsprinzip fort, wenn auch dessen praktische Auswirkungen weiterhin spürbar bleiben. Zu unterscheiden sind bundesrechtliche Rechtsnormen und einzelstaatliche Regelungen. Letztere kennen verschiedene Abstufungen und reichen von Staaten mit wenig verändertem Common Law bis zu solchen, die den Richter - bei gleichzeitiger Unterstützung durch die Parteien - zur

145 Hay, Kolloquium Max-Planck-Institut 103; Schlesinger, Recurrent Problem 4 (mit wichtigem Hinweis auf den Zusammenhang von Faktizitätsprinzip und Theorie der wohlverworbenen Rechte).

146 Hiezu sowie zu weiteren Vermutungen Hay, Kolloquium Max-Planck-Institut 103 f.

Ermittlung von Amtes wegen anhalten. Praktisch die Hälfte der Gliedstaaten verpflichtet die Parteien noch zum (ausschliesslichen) Nachweis, überlässt aber die Entscheidung dem Richter. Vermehrt sind Regelungen anzutreffen, die die Gerichte anhalten, von sich aus fremdes Recht zu berücksichtigen und darüber Kenntnisse zu erlangen: sog. judicial notice. Dies bedeutet jedoch in den meisten Fällen keine Ermittlung von Amtes wegen; vielmehr wird es dem Ermessen des Richters überlassen, wieweit und unter welchen Voraussetzungen er von sich aus fremdes Recht berücksichtigen und ermitteln will¹⁴⁷. Interessant ist das vergleichsweise fortschrittliche Recht von New York. Dieses hat in einer Reform von 1962/63 die Gewährung von judicial notice für grundsätzlich zwingend erklärt (mandatory judicial notice). Das bedeutet aber nur, dass die Unterstützungspflicht der Parteien abgebaut, nicht jedoch aufgehoben wurde! Ausländisches Recht ist danach "von Amtes wegen" anzuwenden, wenn dies von einer Partei beantragt und mit Dokumenten untermauert wird. Ferner muss die Gegenpartei über die Antragstellung benachrichtigt werden. Die einschlägige Norm lautet¹⁴⁸:

"(b) When judicial notice may be taken without request; when it shall be taken on request. Every court may take judicial notice without request of private acts and resolutions of the congress of the United States and of the legislature of the state; ... and the laws of foreign countries or their political subdivisions. Judicial notice shall be taken of matters specified in this subdivision if a party requests it, furnishes the court with sufficient information to enable it to comply with the request, and has given each adverse party notice of his intention to request it."

In verschiedenen höchstrichterlichen Entscheiden ist seither festgehalten worden, dass fremdes Recht eines amerikanischen Schwesterstaates auch

147 Hay, Kolloquium Max-Planck-Institut 105 u. 112 (mit Anführung der betreffenden Staaten); Schlesinger, Recurrent Problem 16 u. 24; Zajtay, Application of Foreign Law 20 ff; Sommerich/Busch 18 ff; Krasa 1962.

148 Rule 4511 der Civil Practice Laws and Rules v. 1963 (abgedruckt bei Zajtay, Application of Foreign Law 13 N 46; Hay, Kolloquium Max-Planck-Institut 110 N 51). - Zur früheren, auch für später einflussreichen New Yorker Praxis vgl. Nussbaum, Proving 60 ff; ders., Proof of Foreign Law 348 ff; Baeck 97 ff; Schlesinger, Behandlung des Fremdrechts 63.

dann von Amtes wegen berücksichtigt werden müsse, wenn kein dahin-
gehender Parteiantrag vorliegt. Nicht geneigt ist man, diese Regel auf die
Anwendung eines ausländischen Rechts auszudehnen^{148a}. Somit werden die
Parteien dort, wo judicial notice zwingend vorgeschrieben ist, nach wie vor
zur Mitarbeit verpflichtet - sowohl für die Berufung wie für die Ermittlung
eines ausländischen Rechts¹⁴⁹.

Aehnlich ist die Regelung für Verfahren vor amerikanischen Bundes-
gerichten. Deren Zuständigkeit beruht vor allem auf der unterschiedlichen
Staatsangehörigkeit der Parteien in Prozessen mit höheren Streitwerten.
Besondere Bedeutung kommt den Bundesgerichten in Handelsrechtsfällen
zu¹⁵⁰. Für diese Verfahren ist am 1.7.1966 die neue Rule 44.1 der Federal
Rules of Civil Procedure in Kraft getreten; der einschlägige Passus lautet¹⁵¹:

"... The court, in determining foreign law, may consider any
relevant material or source, including testimony, whether or
not submitted by a party..."

Diese Formulierung befreit das Gericht von den strengen Formen des
Beweisverfahrens und gibt ihm die Befugnis, fremdes Recht von sich aus
anzuwenden. Im richterlichen Ermessen steht es aber, für die Ermittlung
ausländischen Rechts die Parteien zur Unterstützung zu verpflichten. Damit
stimmt die Regelung weitgehend mit den einzelstaatlichen Rechten überein:
Ausländisches Recht wird dem einheimischen nicht gleichgestellt¹⁵².

148a Die unterschiedliche Behandlung von fremdem US-Recht und ausländi-
schem Recht ist eine allgemeine Erscheinung und lässt sich durch die
grössere Vertrautheit mit dem Recht eines Schwesterstaates erklären.

149 Hay a.a.O. (Anm. 148) 112 u. 117.

150 Hay a.a.O. (Anm. 148) 117 f.

151 Abgedruckt bei Zajtay, Application of Foreign Law 13 N 46 u. Hay,
Kolloquium Max-Planck-Institut 122. Zu dieser Rule vgl. auch Miller
649 ff; Peritz 67 u. 77 ff; Pollack 470 u. 472; Siehr, Special Courts 667.

152 Schlesinger, Recurrent Problem 4 N 9; Hay, Kolloquium Max-Planck-
Institut 123.

bb. England

In England gilt der dem Common Law bekannte Grundsatz, dass fremdes Recht wie eine Tatsache nachzuweisen ist. Im Lehrbuch von DICEY/MORRIS findet sich zur Fremdrechtsanwendung folgende Regel (Rule 205.)¹⁵³: "(1) In any case to which ... foreign law applies, that law must be pleaded and proved as a fact to the satisfaction of the judge by expert evidence or sometimes by certain other means." So unbestritten dieser Grundsatz ist, gibt es andererseits auch Ausnahmen, in denen fremdes Recht von Amtes wegen ermittelt wird. Kein Parteienachweis ist erforderlich, wenn ein Spezialgesetz Kenntnisnahme durch das Gericht verlangt (judicial notice)¹⁵⁴. Weiterhin kann ein fremdes Recht von Amtes wegen angewendet werden, wenn es gerichtsnotorisch ist und also keiner oder nur mehr einer geringfügigen Ermittlung bedarf. Lehrbuchbeispiel ist das in Monte Carlo erlaubte Roulette¹⁵⁵. Von sich aus - unter Verzicht auf einen Nachweis durch die Parteien - wenden englische Richter häufig das Recht einer Kolonie an, wenn diese ihre Normen dem englischen Recht nachgebildet hat¹⁵⁶.

Aus dem Faktizitätsprinzip ist gefolgert worden, dass Entscheide höherer Gerichte über Fremdrechtsfragen keine verbindlichen Präjudizien darstellen. Mit Einführung des Civil Evidence Act v. 1972, der sich gegenüber seinen Vorgängern erstmals mit dem Nachweis ausländischen Rechts befasst, wurde dies geändert. Danach kommt nun Entscheidungen höherer Gerichte

153 Dicey/Morris 1124.

154 Beispiele: Maintenance Orders Act v. 1950, Civil Evidence Act v. 1972; siehe Dicey/Morris 1125.

155 Kahn-Freund, General Problems 306; Dicey/Morris 1125; Brauksiepe 46.

156 Dicey/Morris 1125. Im übrigen wird hinsichtlich der verschiedenen Kolonien differenziert, was zu Unklarheiten führen kann; vgl. Kahn-Freund, General Problems 309 f. - "Fremd" ist grundsätzlich auch jedes Recht eines andern britischen Territoriums innerhalb des Königreichs. So müssen beispielsweise die Rechte von Schottland und Nordirland vor Instanzgerichten ebenso nachgewiesen werden; erst der oberste Gerichtshof, das House of Lords, nimmt sie als *leges fori* von Amtes wegen zur Kenntnis! Vgl. Kahn-Freund, General Problems 308 f; Dicey/Morris 1125 f lit. d.

bindende Wirkung zu, wenn sie über eine Fremdrechtsfrage befunden haben¹⁵⁷. Die Neuregelung dürfte allerdings kaum grosse Bedeutung erlangen, da nur wenige Präjudizien hierfür in Betracht kommen¹⁵⁸. Immerhin mag sie als weiteres Beispiel veranschaulichen, wie auch im englischen Recht die Tatsachentheorie als solche in den Hintergrund tritt, wenn es um praktische Fragen der Fremdrechtsanwendung geht.

cc. Spanien

Die ständige Rechtsprechung des Tribunal Supremo, des obersten spanischen Gerichtshofes, stellte ausländisches Recht den Tatsachen gleich. Danach mussten die Parteien fremdes Recht behaupten und nachweisen, ansonsten die spanische lex fori zur Anwendung gelangte. Auch hier ist zur Begründung dieser Regelung bald einmal auf die Tatsachentheorie verzichtet worden¹⁵⁹. Eine Neuerung, deren Wirkungen noch nicht abzusehen sind, hat die Reform des spanischen IPR gebracht. Dieses wurde - verbunden mit einer Neuregelung des Einführungstitels des spanischen Código Civil - in 16 Artikeln kodifiziert und ist am 31.5.1974 in Kraft getreten¹⁶⁰. Die Fremdrechtsanwendung ist in Art. 12, § 6 geregelt¹⁶¹:

"Les tribunaux et les autorités appliquent d'office les règles de conflit du droit espagnol.

La personne qui invoque le droit étranger est tenue d'en établir le contenu et le fait qu'il est en vigueur, par tous les moyens de preuve admis dans la loi espagnole. Toutefois, pour l'application du droit étranger, le juge peut utiliser tous les modes de vérification qui s'avèreraient nécessaires en rendant, au besoin, les ordonnances opportunes."

157 Cohn 163; Cheshire/North 126; Kahn-Freund, General Problems 306.

158 Cohn 164 f.

159 Samtleben, Kolloquium Max-Planck-Institut 49 u. 56; Zajtay, Application of Foreign Law 12.

160 Hiezu Iglesias Buigues 397; Cremades/Maceda 375.

161 Französischer Wortlaut nach Iglesias Buigues 420.

Diese Bestimmung ist eine der interessantesten und widersprüchlichsten, die man auf dem Gebiet der Fremdrechtsanwendung antreffen kann. Einerseits wird in Absatz 1 Gewicht gelegt auf den zwingenden Charakter des IPR. Dieser erscheint aber sogleich wieder relativiert, und zwar auf doppelte Weise. Zum einen besteht offenbar die Meinung, das zuständige fremde Recht sei von einer der Parteien anzurufen - um von daher die Nachweis"pflicht" verteilen zu können. Was aber, wenn beide Parteien hiezu schweigen? Zum andern wird der kollisionsrechtliche Befehl dadurch abgeschwächt, dass Inhalt und Geltung des fremden Rechts nachzuweisen sind. Die vorliegende Neuregelung dürfte an der bisherigen spanischen Praxis wenig ändern. Klargestellt wird immerhin, dass das Gericht von sich aus - unabhängig von Parteivorbringen - ausländisches Recht zu ermitteln befugt ist. Weiterhin obliegt die Hauptverantwortung jedoch der an einem fremden Recht interessierten Partei¹⁶².

dd. Lateinamerika

Die traditionellen Gesetzgebungen Lateinamerikas verpflichten die Parteien zur Behauptung und zum Nachweis des fremden Rechts¹⁶³. Der genannte Grundsatz ist im Zuge der beiden bedeutenden lateinamerikanischen Kodifikationen - Montevideo-Verträge (1889/1940) und Código Bustamante (Vertrag von Havanna, 1928) - gesprengt worden. Diese verlangen eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen¹⁶⁴. Fast jeder der lateinamerikanischen Staaten gehört einem der Verträge an. Zwar gelangen letztere grundsätzlich nur zwischen den Vertragsstaaten zur Anwendung, doch haben sie auch die übrige Fremdrechtsanwendung beeinflusst. Zu nennen sind beispielsweise die Entwürfe und Gesetzgebungen von Brasilien, Venezuela und

162 Cremades/Maceda 376; Iglesias Buigues 422.

163 Samtleben, Kolloquium Max-Planck-Institut 59.

164 Verträge von Montevideo, Zusatzprotokoll Art. 2; Código Bustamante Art. 408. - In der Sache wohl gleich, vom Wortlaut her jedoch verwirrend ist Art. 2 einer neuen Konvention von Montevideo mit dem Titel "Inter-American Convention on General Rules of Private International Law" v. 8. Mai 1979. Dazu Samtleben, Interamerikanische Spezialkonferenzen 286 sowie zum Wortlaut der Bestimmung RabelsZ 44 (1980) 379.

Peru; der Código Bustamante wird sodann von vielen Gerichten als allgemeine Regelung des Kollisionsrechts auch gegenüber Nichtvertragsstaaten angewendet¹⁶⁵. Der Grundsatz des Parteinachweises wird also in erheblichem Umfang abgeschwächt; nicht zuletzt durch Förderung der Informationsbeschaffung¹⁶⁶. Von einer durchgehenden Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen kann allerdings nicht die Rede sein.

ee. Sozialistische Rechte osteuropäischer Staaten

Eine unterschiedliche Auffassung vom Prozess hat in den osteuropäischen Staaten bewirkt, dass die Fremdrechtsanwendung nicht die gleiche Bedeutung wie im Westen erlangte. Das sozialistische Prozessrecht will von der Verhandlungsmaxime nichts wissen und legt sowohl die Erforschung des Tatsachenmaterials wie die Rechtsfragen in die Kompetenz der Gerichte. Aus diesem Grund ist auch nur am Rande diskutiert worden, wieweit fremdes Recht in der Anwendung seinen Normcharakter beibehält. So oder anders fällt es in den Aufgabenbereich des Richters¹⁶⁷. Demzufolge verlangen die osteuropäischen Rechtsordnungen prinzipiell eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen. In besonders schwierigen Fällen der Ermittlung können die Parteien zur Mitarbeit beigezogen werden. Im übrigen bestehen nützliche Informationsmöglichkeiten, vorab was den Austausch von Auskünften betrifft¹⁶⁸.

165 Samtleben, Internationales Privatrecht Lateinamerika 160, 283 u. 290; ders., Kolloquium Max-Planck-Institut 60 u. 64; Zajtay, Application of Foreign Law 11.

166 Z.B. Art. XII des Einführungstitels des peruanischen Zivilgesetzbuches. - Seit kurzem steht eine neue Konvention von Montevideo zur Ratifikation offen. Diese "Inter-American Convention on Proof of and Information on Foreign Law" v. 8. Mai 1979 umfasst 17 Artikel und regelt die Beschaffung von Informationen über fremdes Recht. Dazu Samtleben, Interamerikanische Spezialkonferenzen 296 ff sowie RabelsZ 44 (1980) 385 ff (Text der Konvention).

167 Hiezu sowie zur sozialistischen Prozessauffassung Szászy 148 f u. 153; Schütze, Nachweis ausländischen Rechts 292.

168 Zur Regelung in Osteuropa allgemein sowie zu einzelnen Ländern vgl. Szászy 152 u. 155; Lunz, Kolloquium Max-Planck-Institut 142 (Sowjet-

ff. Skandinavien

In den skandinavischen Ländern muss der Richter das zuständige fremde Recht von Amtes wegen anwenden, wenn er davon Kenntnis hat. Fehlt ihm diese, so steht es dem Richter frei, auf welchem Weg er fremdes Recht ermitteln will. Von den Parteien kann insbesondere verlangt werden, darüber Auskünfte einzuholen. Dies ist häufig der Fall in Rechtssachen, die der Parteidisposition unterstehen. In der Parteiherrschaft entzogenen Angelegenheiten sind die Gerichte bestrebt, ausländisches Recht von sich aus zu ermitteln¹⁶⁹.

c. Zusammenfassung

Ein vergleichender Ueberblick über Rechtsordnungen ausserhalb der Schweiz lässt erkennen, wie mannigfaltig die für die Fremdrechtsanwendung getroffenen Lösungen sind. Sie verraten allesamt pragmatische Ueberlegungen in bezug auf die besondern Erfordernisse der Ermittlung ausländischen Rechts. Die verschiedenen Regelungen, die selten eine in sich geschlossene, systematische Ordnung aufweisen, enthalten gemeinsame Züge. Kein Land geht mehr vom Faktizitätsprinzip als solchem aus. Die rechtliche Natur fremder Normen ist unbestritten, was indessen für die Anwendung im Verfahren nur selten zwingende Folgen hat. Vermieden werden auch Extrem-lösungen, und häufig bewegt sich die Fremdrechtsanwendung zwischen Ermittlung von Amtes wegen und Nachweis durch die Parteien. Dabei kommt dem richterlichen Ermessen grosse Bedeutung zu. In der Tat ist eine vermehrte Ausrichtung auf den Satz "iura novit curia" festzustellen, doch werden in der Praxis häufig dessen Grenzen sichtbar. Wichtige Konsequenz

union); Katičić, Kolloquium Max-Planck-Institut 148 f; ders., Hague-Zagreb Colloquium 193 ff (Jugoslawien); Benkő/Peuster in Das Ständesamt 33 (1980) 79 (neues ungarisches IPR); Lübchen/Posch 38 (DDR); Kucera 799 f (Tschechoslowakei); Schütze, Nachweis ausländischen Rechts 292 f; Sass 362 ff.

¹⁶⁹ Lando, Kolloquium Max-Planck-Institut 132 f (Norwegen, Schweden, Dänemark).

aus der Absage an die Theorie vom Tatsachencharakter - und damit an eine Gleichstellung mit dem Tatsachenbeweis - ist immerhin die Verpflichtung der Gerichte zur Anwendung fremden Rechts von Amtes wegen, wenn sie dessen Inhalt kennen oder leicht zu ermitteln vermögen. In den Nachbarstaaten der Schweiz wird, wo das noch nicht verwirklicht ist, gezielt auf eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen hingearbeitet. In der Lehre besteht über diese Frage Einigkeit. Folgender Zusammenhang muss noch erwähnt werden: Fast ausnahmslos ist eine Parallelität der jeweiligen Regelungen feststellbar, die einerseits die kollisionsrechtliche Bestimmung und andererseits die Anwendung des zuständigen fremden Rechts zum Gegenstand haben. Wie früher schon ausgeführt, ist diese Übereinstimmung der beiden kollisionsrechtlichen Ebenen zu beachten: entweder kollisionsrechtlicher Anwendungsbefehl oder Behauptung und Nachweis fremden Rechts durch die Parteien.

2. Rechtslage in der Schweiz

a. Bundesrecht

Das Bundesrecht äussert sich an keiner Stelle grundsätzlich zur Frage, ob ausländisches Recht von Amtes wegen oder nur auf Nachweis der Parteien anzuwenden sei. Eine Regelung hiezu findet sich jedoch in den meisten kantonalen Prozessgesetzen. Bevor auf diese näher eingetreten werden kann, muss zuerst die Kompetenzfrage gelöst werden - d.h. es ist zu entscheiden, ob auf diesem Gebiet der Bund oder die Kantone zu legiferieren befugt sind.

Nach BV 64 fällt das materielle Privatrecht in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes, das Prozessrecht in diejenige der Kantone. Der genannten Verfassungsbestimmung können jedoch keine brauchbaren Kriterien für die Abgrenzung von formellem und materiellem Recht entnommen werden, so dass es Aufgabe von Lehre und Rechtsprechung ist, die notwendige Unterscheidung vorzunehmen¹⁷⁰. Wird eine bestimmte Frage dem kantonalen

170 Meier 7.

Prozessrecht zugeordnet, ist allgemein anerkannt, dass dadurch (geschriebene oder ungeschriebene) Normen des Bundesrechts auf demselben Gebiet nicht ausgeschlossen werden. Vielmehr gilt wegen der derogatorischen Kraft des Bundesrechts, dass die Kantone im Verfahren nicht vereiteln dürfen, was jenes zuspricht¹⁷¹. Zu diesem Zweck können auch ungeschriebene bundesrechtliche Normen angenommen werden. Letzteres ist aber nur zulässig, wenn das zur Verwirklichung des Bundesprivatrechts erforderlich erscheint. Oder negativ ausgedrückt: Eine ungeschriebene bundesrechtliche Norm darf nur unterstellt werden, wenn bei deren Fehlen die Durchsetzung des Bundesrechts verunmöglicht würde¹⁷². - Wie verhält es sich diesbezüglich mit der Fremdrechtsanwendung? Zweierlei ist auseinanderzuhalten. Erachtet man nicht nur die Frage der Bestimmung, sondern auch diejenige der Anwendung - im besondern der Ermittlung - fremden Rechts als eine solche des (bundesrechtlichen) Kollisionsrechts, so obliegt es dem Bund, hierüber eine Entscheidung zu treffen. Nach der vorne vertretenen Auffassung zum kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl dürfte dies die richtige Ansicht sein¹⁷³. Will man jedoch die Frage der Ermittlung dem Prozessrecht zuordnen¹⁷⁴, heisst das nach dem Gesagten nicht, die Kantone könnten darüber frei legislieren. Vielmehr muss diesfalls untersucht werden, ob eine ungeschriebene Norm des Bundesrechts - Ermittlung von Amtes wegen - anzunehmen sei. Das ist de lege lata vom verbindlichen Charakter des schweizerischen Kollisionsrechts her zu bejahen. Ohne eine solche Norm werden nämlich die Verweisungen des IPR nicht verwirklicht, zumal die kantonalen Regelungen, die einen Parteiennachweis verlangen, zu einer faktischen Begünstigung der lex fori führen!

171 Max Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 80 (1961) 2. Halbband 1 - 66 (22); Walder, Handbuch 30; Meier 12.

172 Walder, Handbuch 30; Meier 13 ff.

173 So auch Schlussbericht 22 zu Art. 15 des vorgeschlagenen IPR-Gesetzes: "... ist davon auszugehen, dass es sich bei diesem Satz nicht um eine verfahrensrechtliche Bestimmung, sondern letztlich um einen materiellen Rechtsgrundsatz handelt, und dass daher Artikel 64 Absatz 3 BV diese Frage nicht beschlägt." - Zur (schweizerischen) Problematik auch Vouilloz 41 ff u. Bosshard 24 ff.

174 In diese Richtung geht beispielsweise Troller 844.

Obwohl sich das Bundesrecht in grundsätzlicher Hinsicht über die Fremdrechtsanwendung ausschweigt, fehlt es nicht an Richtlinien auf Grund von Einzelbestimmungen sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Im Vordergrund steht das NAG¹⁷⁵, insbesondere dessen Art. 2 II (i.V.m. Art. 32). Von Bedeutung sind auch die Artikel 7c I, 7e, 7h, 8e III, 8c u.a. Zu beachten ist auf dem Gebiet des Familienrechts sodann die eidgenössische Zivilstandsverordnung (vgl. hienach). Einzubeziehen in die Diskussion um die schweizerische Fremdrechtsanwendung sind auch - und in vermehrtem Masse - die staatsvertraglichen Uebereinkommen auf dem Gebiet des Verweisungsrechts. Wie früher ausgeführt, kann hingegen Art. 8 ZGB für die Frage der Ermittlung nichts entnommen werden¹⁷⁶.

Die wichtigste Norm auf Bundesebene ist Art. 2 II des NAG; sie lautet:

"Der Richter hat das Zivilrecht eines andern Kantons von Amtes wegen anzuwenden. Vorbehalten bleiben die kantonalen Vorschriften betreffend die Beweiserhebung über Statutar- und Wohnheitsrecht."

Von besonderer Bedeutung ist der erste Satz der genannten Bestimmung. In Verbindung mit NAG 32¹⁷⁷ würde sich daraus grundsätzlich eine Anwendung des ausländischen Rechts von Amtes wegen ergeben, zumal heute unbestritten ist, dass sich NAG 32 auch auf den Ersten und Zweiten Titel des Gesetzes bezieht¹⁷⁸. Fragen könnte man sich allenfalls, wieweit dadurch andere Bereiche, beispielsweise das internationale Schuldrecht, berührt werden. Dies kann aus zwei Gründen offenbleiben. Einerseits würden die Folgerungen, die NAG 2 II aus dem kollisionsrechtlichen Befehl für das Personen-,

175 Zu Regelungen vor Inkrafttreten des NAG siehe Bosshard 13 ff; Vouilloz 7.

176 Abzulehnen ist deshalb die von Kummer, Kommentar zu ZGB 8 N 104 vertretene Ansicht, der Richter könne von vornherein schweizerisches Recht als Ersatzrecht anwenden, da ZGB 8 nicht auch den Anspruch auf Zulassung zum Beweis ausländischen Rechts umschlüsse. Den aus ZGB 8 entwickelten Regeln über die Beweislast kann hiefür überhaupt nichts entnommen werden.

177 Dessen Wortlaut der folgende ist: "Die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes finden auf die Ausländer, welche in der Schweiz ihren Wohnsitz haben, entsprechende Anwendung."

178 Mit Hinweisen Vouilloz 37 f.

Familien- und Erbrecht zum Ausdruck bringt, in gleichem Masse auch für andere Fälle gelten. Im weiteren wird die Frage durch den Umstand relativiert, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung NAG 2 II überhaupt nicht auf die Anwendung ausländischen Rechts ausgedehnt wissen will - auch nicht auf dem Gebiet des NAG. Das BGr. überlässt die Regelung dieser Materie den Kantonen, weshalb letztere befugt sind, von den Parteien einen Nachweis des fremden Rechts zu verlangen¹⁷⁹. Diese Praxis wird vom überwiegenden Teil der schweizerischen Lehre kritisiert und abgelehnt¹⁸⁰. - Eine Ausnahme vom Grundsatz macht das BGr. dort, wo die Anwendung eines ausländischen Rechts "zwingend" vorgeschrieben ist - sei es auf Grund eines Staatsvertrages oder einer autonomen Kollisionsnorm¹⁸¹. Die Ausnahme bezieht sich indessen nicht auf die Regelung des Parteienachweises als solche, sondern auf die Folgen der Nichtermittlung! Kann ein ausländisches Recht nicht nachgewiesen werden, steht es nämlich den Kantonen frei, die Anwendung der *lex fori* zu statuieren. Ist nun die Berücksichtigung eines fremden Rechts "zwingend" vorgeschrieben - genannt wird insbesondere NAG 7h -, so darf bei Scheitern des Nachweises nicht ein Ersatzrecht Platz greifen, sondern die Klage ist abzuweisen¹⁸². Was die Ermittlung des fremden Rechts betrifft, ist die bundesgerichtliche Praxis eindeutig: Die Kantone sind frei, eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen oder nur auf Nachweis der Parteien vorzusehen.

179 BGE 92 II 116 - 118 E. 2, 95 II 119. Aeltere Präjudizien bei Jagmetti 254; Vischer, Kodifikation 105 N 15. - Durch seine Praxis fördert das BGr. mittelbar den für die Gerichte willkommenen Gleichlauf von forum und ius.

180 Niederer 345 f; Vischer, Kodifikation 104 f; Schnitzer, Handbuch I 195 u.a. Die Praxis wird durch Troller 846 f indirekt gutgeheissen, indem er für den Nachweis durch die Parteien eintritt.

181 BGE 92 II 116 f.

182 BGr. a.a.O. (Anm. 181): "In diesem Falle muss die Partei, die einen vom fremden Recht beherrschten Anspruch geltend macht, den Inhalt dieses Rechts nachweisen, ansonst sie Gefahr läuft, dass ihre Klage abgewiesen wird." Zu diesem Entscheid ausführlich Troller 842 u. 847. - Gerade die Praxis zu NAG 7h zeigt mit aller Deutlichkeit, dass ein Parteienachweis noch nicht Abschluss der Ermittlung bedeutet. Vielmehr liegt es nun am Richter, die vorgebrachten Nachweise zu überprüfen. Damit befindet er sich in einer ähnlichen Lage, wie wenn er fremdes Recht von Amtes wegen zu ermitteln hätte. Vgl. hiezu den anschaulichen BGE 103 II 10 ff. Dies gilt unabhängig von NAG 7h ganz allgemein, indem das nachgewiesene Recht noch der Anwendung bedarf.

Ohne Bedeutung ist demzufolge, ob das fremde Recht "zwingend" zur Anwendung im Inland berufen wird. Erklärt eine schweizerische Kollisionsnorm ausländisches Recht für anwendbar, so will sie in jedem Fall dessen Berücksichtigung. Das gilt auch bei Verweisungen auf Grund einer Rechtswahl. Oder soll diesfalls differenziert werden - etwa im Verhältnis von NAG 22 II (Rechtswahl durch den Erblasser) und 22 I (objektive Anknüpfung)? Oder gar innerhalb des Schuldrechts: je nachdem ein Rechtswahlvertrag vorliegt oder nicht? Wäre eine Anknüpfung an ausländisches Recht auf Grund des Haager Kaufrechtsabkommens "zwingend", nicht aber die Anknüpfung eines Darlehensvertrages nach der autonomen Kollisionsnorm? Das kann nicht die Auffassung des schweizerischen Kollisionsrechts sein. Und wie verhält es sich mit der zwingend vorgeschriebenen Anwendung einer ausländischen lex societatis? Bis heute gebietet das IPR die Berücksichtigung (aller) seiner Verweisungen. Zu diesem kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl in Widerspruch steht die bundesgerichtliche Praxis, wonach die Kantone über die Frage der Ermittlung zu entscheiden haben.

Für das geltende Bundesrecht bedarf es eines besonderen Hinweises in bezug auf das Zivilstandswesen. Auf diesem umgrenzten Gebiet des Personen- und des Familienrechts zeigt sich nämlich, dass nur eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen in Frage kommen kann. Unzweifelhaft ist es Sache der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen, die Voraussetzungen für eine Anerkennung und Eintragung ausländischer Zivilstandsurkunden in die schweizerischen Register zu überprüfen (vgl. Art. 137 der Zivilstandsverordnung). Die Homologierung von im Ausland erfolgten Eheschliessungen, Scheidungen, Adoptionen, Kindesanerkennungen usw. kann nicht in die Hand der Parteien gegeben sein. Ebenso nicht die Bewilligung zur Eheschliessung (NAG 7e i.V.m. Zivilstandsverordnung 168), im besondern nicht die Frage von Eehindernissen. Eine bei den kantonalen Aufsichtsbehörden des Zivilstandswesens für die vorliegende Arbeit durchgeführte Umfrage hat fast ausnahmslos und eindeutig ergeben, dass vom Grundsatz einer Anwendung von Amtes wegen ausgegangen wird. Die Begründungen hiezu sind jedoch häufig nicht kollisionsrechtlicher Natur, sondern werden aus dem Verwaltungsverfahren - vorab aus dem Registerrecht - hergeleitet. De lege ferenda wird auch betont - was bis zu einem gewissen Punkt sicher richtig ist -, dass Ermittlungen von

Amtes wegen in diesem überschaubaren Rahmen des Familienrechts (noch) möglich und zumutbar seien. Nicht durchwegs würde man einer Verallgemeinerung dieses Prinzips auf alle internationalen Rechtsfälle folgen. Diese Frage ist in Zusammenhang mit dem Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz näher zu erörtern¹⁸³.

Aehnliche Ueberlegungen wie im Zivilstandswesen ergeben sich für das Vormundschaftsrecht und für Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Auch hier sind die einschlägigen Rechtsfragen überblickbar. Da das schweizerische Vormundschaftsrecht sowohl inner- wie auch zwischenstaatlich vom Wohnsitzprinzip beherrscht ist, gelangt selten ausländisches Recht zur Anwendung. In solchen Fällen wird es durch die Vormundschaftsbehörden von Amtes wegen ermittelt und angewendet. Auf gleiche Weise verfahren zumeist die Notariate und Grundbuchämter. Hier geht es etwa um die Handlungsfähigkeit von Ausländern für familien- und erbrechtliche Rechtsgeschäfte, die Rechtspersönlichkeit ausländischer Körperschaften oder um das Verfügungsrecht von im Ausland wohnenden Ehefrauen über Grundstücke. Soweit es um Grundbucheintragungen geht, erkundigen sich die Ämter grundsätzlich selbst über das anwendbare ausländische Recht. Wo dies zu aufwendig ist, haben die Parteien fremdes Recht gelegentlich nachzuweisen. Im übrigen wird die gewünschte Dienstleistung - zumeist eine öffentliche Beurkundung - erbracht, wobei der Beamte ausländisches Recht nur bei leichter Zugänglichkeit abklärt. In solchen Fällen wird den Parteien gegenüber die Verantwortung für Gültigkeit und Anerkennung des Rechtsgeschäftes ausdrücklich abgelehnt¹⁸⁴. Gerade diese Praxis zeigt, wiewehr eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen (wenn überhaupt vorgesehen) auf den überschaubaren und "angestammten" Rechtsbereich beschränkt bleibt!

183 Zur anerkannten Praxis im Zivilstandswesen auch Vischer, Freiburger Kolloquium 4. Allgemein siehe Varady, Hague-Zagreb Colloquium 205 ff. - Für den Kollisionsrechtler von Interesse ist ferner der Umstand, dass die vermehrte Hinwendung zum Wohnsitzprinzip nicht überall Begeisterung auslöst. So wird von verschiedenen Zivilstandsbehörden betont, dass die Streichung von NAG 8 zu spürbarer Unsicherheit geführt habe. Mit der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit sei eine einheitliche Praxis möglich gewesen. Letztere dürfte sich indessen bei längerer Erfahrung mit der neuen Regelung wieder einstellen.

184 So im Kanton Zürich (gemäss Auskunft des Inspektorats für die Notariate, Grundbuch- und Konkursämter).

b. Kantonale Prozessrechte

Auf Grund des Umstandes, dass das Bundesgericht während langer Zeit mit einer verbindlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Fremdrechtsanwendung zögerte und sie schliesslich den Kantonen überliess, gingen immer mehr von ihnen dazu über, diese Materie explizit zu regeln¹⁸⁵. Schon zu Beginn dieses Jahrhunderts wurde damit begonnen, und heute enthalten die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen eine Bestimmung über die Anwendung ausländischen Rechts. Für die Anwendung eines fremden kantonalen Rechts verlangt NAG 2 II Ermittlung von Amtes wegen; die Verbindlichkeit dieser Norm für die selten gewordenen Fälle im interkantonalen Privatrecht wird nicht angezweifelt. Eine kantonale Prozessbestimmung hiezu erübrigt sich deshalb, was nicht ausschliesst, dass in einigen Zivilprozessordnungen der Vollständigkeit halber - wie zur Anwendung von eidgenössischem Sachrecht - der Grundsatz "iura novit curia" erwähnt wird. Im folgenden sollen die kantonalen Regelungen einzeln aufgeführt werden, um abschliessend auf gemeinsame Aspekte hinzuweisen¹⁸⁶.

aa. Zürich

Auszugehen für die zürcherische Regelung ist von § 57 Abs. 2 der ZPO v. 13. Juni 1976:

"Anstelle fremden Rechts, von welchem das Gericht keine sichere Kenntnis hat, wird einheimisches Recht angewendet, wenn die Parteien nicht den Inhalt des fremden Rechts nachweisen."

Danach liegt die Ermittlung ausländischen Rechts grundsätzlich in Händen der Parteien. In praxi erkundigen sich die Gerichte über fremdes Recht von

185 Bosshard 30.

186 Hiezu vgl. auch Vouilloz 8 ff und Broggini, Conoscenza 142 ff, deren Ausführungen aber zum Teil überholt sind. - Für die vorliegende Untersuchung ist bei einer Grosszahl von kantonalen Bezirks- und Obergerichten eine gezielte Umfrage durchgeführt worden. Die vielen, streckenweise sehr ausführlichen Antworten seien bestens verdankt!

sich aus, soweit dies bei den vorhandenen Informationsmitteln zumutbar und möglich ist. Das gilt insbesondere auf dem Gebiet des Familienrechts. In Forderungsprozessen, welche der Dispositionsmaxime unterliegen, besteht weniger Neigung, fremdes Recht von Amtes wegen zu ermitteln. Hier wird eher versucht, die Parteien - noch im Prozess - zu einer Wahl der schweizerischen lex fori zu bewegen. Allgemein haben die materiellen Rechte von Nachbarstaaten am meisten eine Chance, von Amtes wegen angewendet zu werden. Im übrigen ist die zürcherische Praxis der Fremdrechtsanwendung gegenüber eher skeptisch eingestellt.

bb. Bern

Die ZPO v. 7. Juli 1918 enthält keine ausdrückliche Bestimmung mehr zur Anwendung ausländischen Rechts¹⁸⁷. Indessen halten der Appellationshof und die erstinstanzlichen Gerichte des Kantons Bern grundsätzlich an der Auffassung fest, dass ausländisches Recht von den Parteien nachzuweisen ist. Je nach Gericht werden auch unabhängig von den Parteivorbringen Erkundigungen über fremdes Recht eingeholt.

cc. Luzern

In der ZPO v. 28. Januar 1913 wird nichts Ausdrückliches zur Fremdrechtsanwendung gesagt. Interessanterweise verlangt die luzernische Gerichtspraxis jedoch eine Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts von Amtes wegen! Der hiezu grundlegende Entscheid des Obergerichts ist am 13. Januar 1960 ergangen:

"Ergibt sich daher bei Prüfung eines internationalprivatrechtlichen Tatbestandes, dass gemäss den internationalprivatrechtlichen Kollisionsnormen fremdes Recht zur Anwendung kommen muss, so hat sich der luzernische Richter die Kenntnis dieses Rechtes von Amtes wegen selber zu verschaffen ... Nur soweit sich der Richter innert angemess-

187 Zu älteren Zivilprozessordnungen von Bern Vouilloz 24.

sener Frist keine hinreichende Kenntnis des fremden Rechtes verschaffen kann, darf schweizerisches Recht - in seiner Eigenschaft als *lex fori* - als Ersatzrecht zum Zuge kommen. Wenn - was am häufigsten zutreffen dürfte - die Anwendung des Rechtes eines unserer Nachbarstaaten in Frage steht, dürfte der Beizug der einschlägigen fremden Gesetze keine unverhältnismässigen Schwierigkeiten bieten. Und in jenen Fällen, wo sich das fremde Recht nur schwer beschaffen lässt, bleibt weiterhin Raum für eine helfende Tätigkeit der Parteien in der Vermittlung der fremden Rechtsquellen, ohne dass jedoch an den mangelnden Nachweis durch die Parteien Rechtsfolgen geknüpft werden dürften.¹⁸⁸"

Diese Ausführungen umschreiben in vortrefflicher Weise, wie der Grundsatz der Ermittlung von Amtes wegen zu verstehen ist. Es erstaunt deshalb nicht, dass das luzernische Obergericht den vorgeschlagenen Art. 15 des schweizerischen Entwurfs zu einem IPR-Gesetz sehr begrüsst.

dd. Uri

Das urtherische Recht überlässt es dem Ermessen des Richters, wieweit er fremdes Recht von sich aus ermitteln will. Art. 110 der ZPO v. 29. März 1928 (revidiert am 28. Juni 1963) lautet:

¹ Der Richter muss fremdes Recht nur berücksichtigen, wenn das Streitverhältnis demselben nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder besonderen gesetzlichen Bestimmungen unterliegt.

² Das Gericht ist befugt, den Parteien den Nachweis fremden Rechts aufzuerlegen."

ee. Schwyz

§ 53 Abs. 2 der ZPO v. 25. Oktober 1974, welche sich in vielen Bereichen auf die Entwürfe zur neuen Zürcher ZPO gestützt hat, stimmt mit

188 Max. X Nr. 741 (S. 615); abgedruckt in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 96 (1960) 71 u. Schweiz. Juristen-Zeitung 58 (1962) 108. Zur älteren Praxis Vouilloz 32.

§ 57 Abs. 2 der zürcherischen Regelung überein:

"Anstelle fremden Rechts, von welchem das Gericht keine sichere Kenntnis hat, wird einheimisches Recht angewendet, wenn die Parteien nicht den Inhalt des fremden Rechts nachweisen."

ff. Obwalden

Die ZPO v. 9. März 1973 enthält in Art. 57 Abs. 2 folgende Bestimmung:

"Kommt ausländisches Recht zur Anwendung, haben die Parteien dessen Nachweis zu erbringen."

Hier wird zum vornherein davon ausgegangen, dass der Richter kaum einmal fremdes Recht von sich aus ermittelt.

gg. Nidwalden

Sedes materiae für Fragen der Fremdrechtsanwendung ist § 54 der ZPO v. 11. Juli 1970:

"Das Gericht hat von Amtes wegen zu prüfen, ob einheimisches oder fremdes Recht anzuwenden ist.

Es hat das einheimische Recht von Amtes wegen zur Anwendung zu bringen, fremdes aber nur dann, wenn dessen Bestand und Inhalt durch die Partei, die sich darauf beruft, nachgewiesen wird, oder wenn das Gericht von dessen Inhalt sichere Kenntnis besitzt."

Besonders hinzuweisen ist auf Absatz 1 der Bestimmung, in welchem der kollisionsrechtliche Befehl für die Anknüpfung enthalten ist.

hh. Glarus

In Glarus obliegt die Verantwortung für die Ermittlung ausländischen

Rechts den Parteien. Art. 235 Abs. 2 der ZPO v. 2. Mai 1965 hat folgenden, recht eigenartigen Wortlaut:

"Ist ausländisches Recht anwendbar, so können es die Parteien von sich aus nachweisen. Andernfalls kann sie der Richter noch dazu verhalten, soweit er das ausländische Recht nicht selbst feststellt. Lässt sich das ausländische Recht innert nützlicher Frist nicht ermitteln, so urteilt der Richter in der Regel nach hiesigem Recht."

Auf den letzten, höchst interessanten Satz wird in Zusammenhang mit dem Ersatzrecht noch näher einzutreten sein.

ii. Zug

Sedes materiae der zugerischen Regelung ist § 55 Abs. 2 der ZPO v. 3. Oktober 1940:

"Gelangt fremdes Recht zur Anwendung und hat der Richter von dessen Inhalt keine sichere Kenntnis, so muss dieser von der Partei, die daraus Rechte herleitet, nachgewiesen werden."

Besonders hervorzuheben ist hier die gelungene Umschreibung für die Nachweisverpflichtung derjenigen Partei, die aus fremden Normen Rechte herleitet. Im übrigen wird anerkannt, dass der Richter die vorgelegten Nachweise zu überprüfen hat, insbesondere im Bestreitungsfall.

jj. Freiburg

Art. 6 Abs. 2 u. 3 der ZPO v. 28. April 1953 bestimmt folgendes:

"Falls ausländisches Recht anzuwenden ist, kann der Richter von den Parteien verlangen, dass sie die Rechtssätze, auf die sie sich stützen, nachweisen; er kann ihnen hiezu eine Frist zur Einreichung aller sachdienlichen Belege festsetzen.

Fehlen diese Belege, so urteilt der Richter nach Bundesrecht, oder, wenn die Streitsache in der Schweiz dem kantonalen Recht unterstellt ist, nach freiburgischem Recht."

kk. Solothurn

Die solothurnische ZPO v. 11. September 1966 überlässt die Ermittlung fremden Rechts in § 60 Abs. 2 dem Ermessen des Richters:

"Kommt ausländisches Recht zur Anwendung, so kann der Richter von den Parteien dessen Nachweis verlangen."

In praxi legen die Parteien bzw. deren Vertreter zumeist Belege über das ausländische Recht vor, und nur selten ermitteln die Gerichte von sich aus.

ll. Basel-Stadt

Die ZPO v. 8. Februar 1875 enthält keine Bestimmung zur Fremdrechtsanwendung. Noch immer gilt grundsätzlich die Praxis, dass die Parteien das anwendbare fremde Recht nachzuweisen haben¹⁸⁹. Trotzdem bemühen sich die Richter des baselstädtischen Zivilgerichts, das ausländische Recht in aller Regel selber zu ermitteln und auf Fremdauskünfte von grösserem Umfang zu verzichten.

mm. Basel-Landschaft

Wie die baselstädtische sieht auch die ZPO von Basel-Landschaft (v. 20. Februar 1905; mit Aenderungen v. 21. September 1961) nichts für die Ermittlung fremden Rechts vor. Die Praxis hat die Regel aufgestellt, dass es von den Parteien nachzuweisen sei¹⁹⁰. Eine Ausnahme wird für die Rechte von Nachbarstaaten gemacht. Sie sollen von Amtes wegen angewendet werden. In einem nicht veröffentlichten Urteil vom 10. Dezember 1974 hat das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft dazu ausgeführt: "Dem

189 Zu ersten Urteilen vgl. Vouilloz 14.

190 Mit Hinweisen Vouilloz 26. Bestätigung dieser Praxis in einem unveröffentlichten Entscheid des Obergerichts v. 24.2.1976.

schweizerischen Richter ist es unbenommen, das ausländische Recht auch von Amtes wegen anzuwenden. Dieses Vorgehen ist jedenfalls dann angezeigt, wenn es sich um das Recht eines benachbarten Staates handelt, dessen Auffindung keine besonderen Schwierigkeiten bereitet und das der Richter bereits wiederholt anzuwenden hatte." Bemerkenswert ist die Begründung der Vertrautheit mit dem fremden Recht.

nn. Schaffhausen

Art. 146 der ZPO v. 3. September 1951 (Ausgabe 1.1.1977) lautet:

"Fremdes Recht hat der Richter von Amtes wegen zu beachten, wenn er sichere Kenntnis davon hat. Fehlt ihm diese Kenntnis, so hat die Partei, die sich darauf beruft, den Inhalt des fremden Rechtes nachzuweisen, andernfalls der Richter befugt ist, die Sache nach ihm bekannten Rechtsgrundsätzen zu entscheiden."

Die interessante Regelung zum Ersatzrecht ist hinten näher zu erörtern.

oo. Appenzell A.-Rh.

Die ZPO v. 27. April 1980 enthält in Art. 106 eine ausführliche Regelung der Rechtsanwendung, insbesondere der Fremdrechtsanwendung. Bemerkenswert ist vor allem Absatz 1, der in zutreffender Weise die kollisionsrechtliche Bestimmung des anwendbaren Sachrechts normiert. Die Anwendung selbst wird jedoch grundsätzlich vom Parteienachweis abhängig gemacht:

¹ Der Richter wendet das Recht von Amtes wegen an. Er prüft, ob einheimisches oder fremdes Recht anzuwenden ist.

² Fremdes Recht und Gewohnheitsrecht wird nur angewendet, wenn es von den Parteien einwandfrei nachgewiesen wird oder der Richter davon sonst sichere Kenntnis hat.

³ Anstelle nicht nachgewiesenen und unbekannten fremden Rechtes wird einheimisches Recht angewendet."

Für die seltenen Fälle, in denen in diesem Kanton ausländisches Recht zur Anwendung gelangt, beschränkt man sich bei einer allfälligen Ermittlung von Amtes wegen auf die Rechtsordnungen von Nachbarstaaten; so beispielsweise im Scheidungsrecht.

pp. Appenzell I.-Rh.

Aehnlich wie in Appenzell A.-Rh. lautet hier Art. 116 Abs. 2 der ZPO v. 24. April 1949:

"Gelangt fremdes Recht zur Anwendung, von dessen Inhalt der Richter keine sichere Kenntnis hat, so ist dieses von der Partei, die sich darauf beruft, nachzuweisen; tut sie das nicht, so darf der Richter Uebereinstimmung mit dem einheimischen Rechte annehmen..."

qq. St. Gallen

Auszugehen ist von Art. 177 der ZPO v. 20. März 1939 (Neudruck 1979):

"Der Richter hat von Amtes wegen die in Betracht kommenden Rechtssätze anzuwenden und zu prüfen, ob einheimisches oder fremdes Recht anzuwenden ist.

Er hat das einheimische Recht wie auch die gesetzlichen Bestimmungen eines andern Kantons über das Zivilrecht von Amtes wegen anzuwenden. Fremdes Recht und Gewohnheitsrecht hat er nur insofern anzuwenden, als er darüber sichere Kenntnis hat, oder als es ihm durch die Partei, die sich darauf beruft, überzeugend nachgewiesen wird. Im Zweifel darf er annehmen, dass das angerufene fremde Recht in der anwendbaren Bestimmung mit dem einheimischen Recht übereinstimmt."

In praxi sind die Gerichte bemüht, sich die "sichere Kenntnis" des anwendbaren ausländischen Rechts selber zu verschaffen. Das gilt vor allem für die Nachbarrechte der Schweiz.

rr. Graubünden

Da die ZPO Graubündens (v. 20. Juni 1954) keine Bestimmung zur Fremdrechtsanwendung enthält, gelten die in der Praxis entwickelten Leitsätze. Das Kantonsgericht von Graubünden folgt der Nachweiskonzeption. In einem nicht veröffentlichten Urteil vom 29.5.1978 hat es ausgeführt: "Es entspricht geltender Rechtsauffassung, dass die Parteien den Inhalt des ausländischen Rechtes nachweisen müssen..." Gemäss Auskunft des Kantonsgerichts gibt es hiezu keine publizierten Entscheide.

ss. Aargau

Eine ausdrückliche zivilprozessuale Norm fehlt. Nach der Praxis ist ausländisches Recht anzuführen und im Bestreitungsfall nachzuweisen. Ohne einen solchen Parteienachweis ist fremdes Recht von Amtes wegen anzuwenden, wenn der Richter dieses kennt oder die einschlägigen Rechtssätze ohne allzu grosse Mühe selbst feststellen kann¹⁹¹. Besonders bei der Anwendung des Rechts eines benachbarten Staates erscheint dies angezeigt¹⁹².

tt. Thurgau

Die ZPO v. 19. Oktober 1926 regelt in § 120 Abs. 2 die Fremdrechtsanwendung wie folgt:

"Gelangt fremdes Recht zur Anwendung, und hat der Richter von dessen Inhalt keine sichere Kenntnis, so muss derselbe von der Partei, die daraus Rechte herleitet, nachgewiesen werden."

191 Kurt Eichenberger, Beiträge zum Aargauischen Zivilprozessrecht (Aarau 1949) 157.

192 Vgl. Obergericht des Kantons Aargau in Schweiz. Juristen-Zeitung 63 (1967) 62.

Zur Zeit befindet sich die thurgauische Zivilprozessordnung in Totalrevision.
Ein neuer § 110 Abs. 2 soll lauten:

"Anstelle fremden Rechtes, von welchem das Gericht keine sichere Kenntnis hat, wird einheimisches Recht angewendet, sofern nicht das Bundesrecht die Anwendung fremden Rechtes zwingend vorschreibt."

Neben einer ausdrücklichen Vorschrift zum Ersatzrecht fällt hier auf, dass von einem Nachweis durch die Parteien keine Rede mehr ist. Muss demzufolge der Richter qualifiziert auf seine "sichere Kenntnis" hinarbeiten? Der Entwurf einer Botschaft an den Grossen Rat sieht das nicht so; vielmehr kann danach die sichere Kenntnis durch Ermittlung von Amtes wegen oder "durch Vermittlung der Parteien" herbeigeführt werden. Eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen soll auch künftig nicht vorgesehen sein.

uu. Tessin

Die Ermittlung fremden Rechts liegt hier in Händen der Parteien; das bestimmt Art. 87 Abs. 2 des Codice di procedura Civile v. 17. Februar 1971:

"Il diritto degli Stati esteri, gli statuti e le consuetudini locali devono essere provati in quanto ignoti al giudice."

vv. Waadt

Eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen ist im Kanton Waadt in das Ermessen des Richters gestellt; vgl. Art. 6 des Code de procédure civile v. 14. Dezember 1966:

"Le juge applique d'office les règles du droit, ainsi que les usages locaux dont l'existence est notoire, dans les cas où ces usages font loi.

Lorsqu'il y a lieu d'appliquer le droit d'un Etat étranger ou d'un autre canton, le juge peut, s'il l'estime nécessaire, inviter les parties à établir l'existence et la teneur des règles qu'elles invoquent.

Faute par la partie de produire dans le délai fixé les justifications requises, le juge statue selon le droit suisse ou vaudois, à moins que la législation fédérale ou un traité ne prescrive l'application d'office du droit étranger."

Auf dem Gebiet des Scheidungsrechts werden wenn möglich die Nachbarrechte der Schweiz von Amtes wegen angewendet.

ww. Wallis

Die Walliser ZPO (v. 12. November 1919) enthält keine Vorschrift zur Anwendung ausländischen Rechts. In den seltenen Fällen, da fremdes Recht zu ermitteln ist - etwa bei Ehescheidungen -, geht die Praxis offenbar von einer Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen aus. Das geschieht ohne grosse Grundsatzabwägungen^{192a}.

xx. Neuenburg

Die Fremdrechtsanwendung richtet sich nach Art. 70 Abs. 2 der ZPO v. 7. April 1925 (Ausgabe 1978):

"S'il y a lieu à application d'un droit étranger, il incombe aux parties qui l'invoquent d'en procurer la connaissance au tribunal."

Eine Minderheit des Kantonsgerichts möchte immerhin, dass wenigstens die Nachbarrechte der Schweiz von Amtes wegen ermittelt und angewendet würden. Dieses Ansinnen wird jedoch von der Mehrheit des Gerichts abgelehnt. Zur Begründung werden die Schwierigkeiten der Ermittlung und Auslegung fremden Rechts, auch von Nachbarrechten, angeführt.

192a Walliser Kantonsregierung in den Vernehmlassungen zum Entwurf für ein schweizerisches IPR-Gesetz 60 (zu den Vernehmlassungen hinten bei Anm. 204); Vouilloz 35.

yy. Genf

Die Genfer Richter ermitteln ausländisches Recht nicht von sich aus; sie können sich dabei stützen auf Art. 5 der ZPO v. 13. Oktober 1920:

"Celui qui fonde sa demande sur des dispositions de droit étranger, ou qui invoque des dispositions de droit étranger, doit produire les textes légaux dont il fait état et, s'il y a lieu, fournir toutes justifications utiles sur leur force légale."

zz. Jura

Die Zivilprozessordnung des neuen Kantons beruht auf der ZPO von Bern. Letztere ist fast wörtlich rezipiert worden. Die ZPO des Kantons Jura (v. 9. November 1978) enthält deshalb auch keine Regelung der Fremdrechtsanwendung. Wieweit die bernische Praxis in die jurassische Rechtsprechung eingehen wird, bleibt abzuwarten.

c. Zusammenfassung der kantonalen Regelungen

Die Ermittlung ausländischen Rechts von Amtes wegen wird in den kantonalen Prozessrechten fast durchwegs abgelehnt. Einzig die luzernische Praxis verpflichtet den Richter explizit zur Beachtung des Satzes "iura novit curia" auch auf internationalem Gebiet. Ebenso scheint die Walliser Praxis vorzugehen. Manche Kantone sind geneigt, die Rechte von Nachbarstaaten der Schweiz bevorzugt zu behandeln und wenn möglich von Amtes wegen zu ermitteln und anzuwenden¹⁹³. Aber auch für diese Rechte ist eine folgerichtig und durchgehend praktizierte Ermittlung von Amtes wegen nicht gesichert. Gesamthaft muss festgehalten werden, dass es auf weite Strecken

193 U.a. Zürich, Basel-Landschaft, St.Gallen, Aargau, Waadt - in unterschiedlichem Umfang.

dem Ermessen des Richters überlassen bleibt, ob er fremdes Recht von sich aus feststellen will. In einigen Kantonen bemüht man sich darum mehr, in anderen weniger. Ist ausländisches Recht von Amtes wegen anzuwenden, wenn der Richter "sichere Kenntnis" davon hat¹⁹⁴, hängt die Fremdrechtsanwendung ebenso von dessen Person ab. "Kennt" der Richter fremdes Recht nicht - was meistens der Fall ist -, liegt die Verantwortung für die Ermittlung wieder bei den Parteien¹⁹⁵.

d. Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz und eigener Vorschlag

Seit Erlass des NAG von 1891 sind in der Schweiz immer wieder Vorstösse unternommen worden, das Internationale Privatrecht auf Bundesebene umfassend zu regeln¹⁹⁶. Letztmals geschah dies am Schweizerischen Juristentag von 1971. Auf Grund der dort gehaltenen Referate der Professoren G. BROGGINI und F. VISCHER sowie der nachfolgenden Diskussionen wurde der Bundesrat vom Parlament beauftragt, Bericht und Antrag über eine Revision des NAG und eine Neukodifikation des IPR vorzulegen. Daraufhin hat der Bundesrat eine ausserparlamentarische Expertenkommission gebildet und diese ersucht, zuhanden des Eidgen. Justiz- und Polizeidepartements einen Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz auszuarbeiten¹⁹⁷. Der

194 So bestimmt in den Zivilprozessordnungen von Zürich, Schwyz, Nidwalden, Zug, Schaffhausen, Appenzell A.-Rh. u. Appenzell I.-Rh., St.Gallen, Thurgau.

195 Dazu auch Bosshard 56.

196 Im einzelnen siehe Schlussbericht 12 ff.

197 Die Kommission wurde von Prof. Dr. F. VISCHER (Basel) präsiert. Der Entwurf ist durch sechs Subkommissionen vorbereitet worden, denen folgende Persönlichkeiten vorstanden: Prof. Dr. G. BROGGINI (Allgemeiner Teil des IPR), Prof. Dr. P. LALIVE (Eherecht, Kindesrecht, Sachenrecht), Prof. Dr. A.E. von OVERBECK (Personenrecht, Güterrecht, Erbrecht), Prof. Dr. M. KELLER (Vertragsrecht, gemeinsame Bestimmungen des Obligationenrechts), Prof. Dr. A. HEINI (Deliktsrecht, Gesellschaftsrecht), Bundesrichter Dr. P. CAVIN (Prozessrecht). - Zum Verlauf der Revisionsarbeiten vgl. Schlussbericht 15 ff.

Entwurf wurde 1978 fertiggestellt und ist dem EJPD am 30. Juni 1978 eingereicht worden¹⁹⁸. Die darauf durchgeführte Vernehmlassung konnte bis Ende Mai 1980 abgeschlossen und ausgewertet werden. Das Bundesamt für Justiz hat die Auswertung der zahlreichen Stellungnahmen veröffentlicht¹⁹⁹. Die Expertenkommission ist zur Zeit daran, den Entwurf unter Berücksichtigung der Vernehmlassungen zu überarbeiten.

Artikel 15, der die "Anwendung ausländischen Rechts" zum Gegenstand hat, lautet in der vorliegenden Fassung wie folgt:

¹ Der schweizerische Richter stellt den Inhalt des ausländischen Rechts von Amtes wegen fest.

² Er kann die Mitwirkung der Parteien verlangen. Die von diesen angebotenen Beweismittel würdigt er frei.

³ Ist der Inhalt des ausländischen Rechts nicht feststellbar, so berücksichtigt der Richter das nächstverwandte Recht. Bei Fehlen eines solchen wendet er schweizerisches Recht an."

Die Absätze 1 und 2 regeln die Ermittlung und verlangen grundsätzlich eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen. Absatz 3 befasst sich mit dem Ersatzrecht²⁰⁰. Art. 15 sagt nichts Ausdrückliches zur ersten Stufe, nämlich zur kollisionsrechtlichen Bestimmung des zuständigen fremden Rechts. Nach seiner (folgerichtigen) Konzeption legt der Entwurf Art. 15 stillschweigend eine Anknüpfung von Amtes wegen zugrunde. Eine ausdrückliche Erwähnung der Bestimmung des anwendbaren Rechts wird am Ende dieses Abschnitts, in einem abgeänderten Art. 15, vorgeschlagen.

Die vorgesehene Lösung einer Ausweitung von "iura novit curia" auf das anwendbare ausländische Recht beinhaltet eine Abkehr von der bisherigen Praxis in der Schweiz. Die Bedeutung von Art. 15 wird denn auch hervorge-

198 Seither wurden zahlreiche Abhandlungen zum Entwurf publiziert, die sich mit diesem auseinandersetzen. Vgl. die Literaturhinweise bei Keller/Siehr, Eigenart 51 N 68 u. Siehr, Entwurf 729 N 8. Zu "wesentlichen Zügen" des Entwurfs Siehr, Entwurf 730 ff.

199 Die 659 Seiten umfassende systematische Zusammenstellung kann bei der Eidgen. Drucksachen- und Materialzentrale bezogen werden.

200 Das Ersatzrecht wird hinten in § 3 II. 2. behandelt.

hoben. So hat Frank VISCHER am internationalen Kolloquium über den Entwurf in Freiburg (v. 27./28. April 1979) ausgeführt²⁰¹: "Wenn das IPR in der Praxis nicht zum Tragen gelangt, ist es nur eine Spielerei, eine Gedankenübung. Deswegen ist Art. 15 einer der wichtigsten Grundpfeiler des Entwurfes." Ergänzt wird diese Bestimmung durch Art. 190, der in lit. b einen neuen Art. 43a für das BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vorschlägt. Darin soll das Bundesgericht verpflichtet werden, neu auch die Anwendung ausländischen Rechts - auf Berufung hin - zu überprüfen²⁰².

Wie zu erwarten war, ist Art. 15 in der Vernehmlassung auf erheblichen Widerstand gestossen. Vor allem werden praktische Schwierigkeiten der Fremdrechtsermittlung und verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber einer Anwendung fremden Rechts ex officio geltend gemacht. Auf die Schwierigkeiten der Ermittlung wird an andern Stellen dieser Arbeit eingegangen; sie sprechen nicht zwingend gegen eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen. Was die verfassungsrechtlichen Bedenken betrifft, ist auf das vorne zum Bundesrecht Ausgeführte zu verweisen. Will man Art. 15 überhaupt als verfahrensrechtliche Bestimmung qualifizieren, so muss betont werden, dass der Bundesgesetzgeber beim Erlass verfahrensrechtlicher Normen nicht an die engen Schranken gebunden ist, die für die Annahme einer ungeschriebenen Norm des Bundesrechts im Bereich des Zivilprozessrechts zu beachten sind. Der Bundesgesetzgeber kann schon verfahrensrechtliche Normen aufstellen, wenn die Durchsetzung des Bundesprivatrechts (hier: des Kollisionsrechts) beeinträchtigt ist; sie braucht nicht verunmöglicht zu sein²⁰³.

Aufgeführt sind in der Auswertung der Vernehmlassungen die Stellungen von 11 Kantonen (Zürich, Schwyz, Zug, Schaffhausen, Appenzell-Ausserrhoden, St.Gallen, Graubünden, Tessin, Waadt, Neuenburg, Genf), die gegenüber einer Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen kritisch eingestellt

201 Freiburger Kolloquium 4.

202 Bis heute steht eine Berufung ans BGr. in solchen Fällen nicht offen. Zur Revisibilität vgl. ausführlich den 4. Abschnitt hinten.

203 Vgl. Meier 13. Zur "verunmöglichten" Durchsetzung des IPR hievor bei Anm. 172 ff.

sind und den vorliegenden Art. 15 mehr oder weniger deutlich ablehnen²⁰⁴. Diese Haltung ist durchaus repräsentativ. Das hat eine gezielte Umfrage ergeben, die bei Bezirksgerichten und allen kantonalen Obergerichten (Kantonsgerichten) für diese Arbeit durchgeführt wurde. Die vielen eingegangenen Antworten waren in überwiegender Zahl gegen eine Regelung, wie sie Art. 15 des Entwurfs nun vorsieht. Einzig das Obergericht des Kantons Luzern hat Art. 15 sehr begrüsst und dies in seiner Vernehmlassung auch zum Ausdruck gebracht. Diese ist in die veröffentlichten Stellungnahmen allerdings nicht aufgenommen worden. Ausserdem steht der Kanton Wallis Art. 15 positiv gegenüber, wie aus den Vernehmlassungen zu entnehmen ist. Gleichzeitig betont aber die Walliser Kantonsregierung, es bedürfe einer Verbesserung der Informationsmöglichkeiten - was ausländische Rechte betrifft - auf Bundesebene.

Die offizielle Vernehmlassung der Zivilstandsbeamten spricht sich überraschend deutlich gegen die geplante Fremdrechtsanwendung ex officio aus. Das erstaunt zum einen deshalb, weil verschiedene Zivilstandsbehörden auf Anfrage hin eine solche Regelung nicht zum vornherein ablehnten. Sodann wird fremdes Recht auf dem Gebiet des Zivilstandswesens schon de lege lata von Amtes wegen angewendet²⁰⁵. - Parteien, Anwaltsverbände usw. beurteilen Art. 15 unterschiedlich; teilweise wird eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen begrüsst, zum Teil wird sie abgelehnt. - Einhellig fällt das

204 Vernehmlassungen S. 54 ff. Wie mitgeteilt wurde, hat auch die Regionalkonferenz der Regierungen der Nordwestschweiz Bedenken gegenüber Art. 15 geäussert.

205 Hiezu vgl. vorne bei III. 2. a. Die Stellungnahme siehe in Vernehmlassungen S. 71. - Zu Recht wird in der Vernehmlassung darauf hingewiesen, dass nicht nur der "Richter" (wie in Art. 15 Abs. 1 formuliert), sondern auch Verwaltungsbehörden ausländisches Recht anzuwenden haben. In diesem Sinne ist die Bestimmung zweifellos abzuändern. Andreas Nabholz schreibt in der Zeitschrift für Zivilstandswesen 48 (1980) 109 zu Art. 15: "Diese weitgehende und deshalb umstrittene Verpflichtung des Richters müsste gewiss auch für die Verwaltung gelten. Es ist vielleicht symptomatisch, dass die Verwaltung aber unerwähnt bleibt. Darf die Verwaltung nicht auf gleicher Ebene mit dem Richter stehen? Traut man ihr etwa weniger oder gar mehr zu, oder ist den IPR-Experten nicht bekannt, welche IPR-Probleme den Zivilstandsbehörden täglich zur Entscheidung vorgelegt werden?"

Urteil in der Wissenschaft aus. Was die Ermittlung von Amtes wegen betrifft, wird Art. 15 durchwegs begrüsst^{205a}.

Die Vernehmlassungen machen mit aller Deutlichkeit klar, dass über das weitere Schicksal von Art. 15 ein politischer Entscheid zu fällen ist. Bis zur Beratung durch die eidgenössischen Räte sollte an einer Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen festgehalten werden. Allenfalls sind den parlamentarischen Kommissionen Alternativvorschläge zu unterbreiten. Im folgenden sei abschliessend versucht, solche zu formulieren. Dabei werden für die eine wie für die andere Regelung gewisse Differenzierungen angebracht. Diese betreffen folgende Punkte:

- Parallelität der zwei kollisionsrechtlichen Ebenen Bestimmung und Anwendung des zuständigen Rechts: entweder von Amtes wegen oder Behauptung und Nachweis durch die Parteien.
- Gegenstand: Anwendung von "fremdem" anstelle von "ausländischem" Recht.
- Adressatenkreis: nicht nur "Richter", sondern auch Verwaltungsbehörden.
- Verdeutlichung der Mitwirkungspflicht der Parteien bei Ermittlung von Amtes wegen: lediglich ergänzend (Art. 15 ist hierin unklar).
- Fakultatives Kollisionsrecht: Variante mit der Beschränkung auf jene Rechtsgebiete, in denen eine Rechtswahl zulässig ist^{205b}.

205a Im Freiburger Kolloquium von BELLET (9), BYSTRICKY (12), SCHWIND (12), VISCHER (4: Meinung der Expertenkommission); in den Vernehmlassungen von GUTZWILLER (74) u. von STEIGER (74); von HOYER in Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 35 (1979) 45. Der Sache nach auch Schnitzer, Gegenentwurf Art. 6 (f).

205b Der schweizerische IPR-Entwurf ermöglicht in vermehrtem Umfang eine Rechtswahl. Nicht selten ist jedoch die Wahl auf bestimmte Rechte beschränkt (vgl. z.B. Art. 50 II für das eheliche

- Nachweis durch die Parteien: Davon auszunehmen ist die Anwendung fremden Rechts auf Grund einer staatsvertraglichen Kollisionsnorm (Ermittlung von Amtes wegen).
- Verzicht auf das Kriterium "sichere Kenntnis" des Richters bei der Nachweiskonzeption.
- Zwingende Unterschiede beim Ersatzrecht.

Die Vorschläge lauten:

Anwendung von Amtes wegen:

Artikel 15

Anwendung
fremden
Rechts

- ¹ Das nach diesem Gesetz anwendbare Recht wird von Amtes wegen bestimmt.
- ² Der Inhalt des fremden Rechts ist von Amtes wegen festzustellen. In besonderen Fällen kann die Mitwirkung der Parteien verlangt werden.
- ³ Ist der Inhalt fremden Rechts nicht feststellbar, so wird das nächstverwandte Recht, bei Fehlen eines solchen das schweizerische Recht angewendet.

Fakultatives Kollisionsrecht, Nachweis durch die Parteien:

Artikel 15

Anwendung
fremden
Rechts

- ¹ Das nach diesem Gesetz zuständige fremde Recht muss nur angewendet werden, wenn dessen Anwendbarkeit von einer Partei behauptet ist.

Güterrecht, Art. 106 I für das Sachenrecht, Art. 130 für das Deliktsrecht). Diese Beschränkungen können bei der Variante des Fakultativen Kollisionsrechts ausser acht gelassen werden. Einmal ist die Beschränkung der Rechtswahl auf bestimmte Rechte umstritten; zum zweiten wird fast immer eines der wählbaren Rechte die (schweizerische) *lex fori* sein.

Variante: ¹ In den Bereichen, in denen nach diesem Gesetz eine Rechtswahl zulässig ist, muss das zuständige fremde Recht nur angewendet werden, wenn dessen Anwendbarkeit von einer Partei behauptet ist.

² Der Inhalt des fremden Rechts muss von derjenigen Partei nachgewiesen werden, die aus dem fremden Recht einen Anspruch herleitet. Das fremde Recht kann auch von Amtes wegen ermittelt werden.

³ Ist der Inhalt fremden Rechts nicht nachgewiesen, so gelangt schweizerisches Recht zur Anwendung.

⁴ Vorbehalten bleibt die Anwendung fremden Rechts auf Grund eines Staatsvertrages.

§ 2 Feststellung des Inhalts des fremden Rechts

I. Begriff und Gegenstand der Ermittlung fremden Rechts

Von der Frage, ob fremdes, insbesondere ausländisches, Recht von Amtes wegen zu ermitteln oder durch die Parteien nachzuweisen ist, muss das Verfahren unterschieden werden, in welchem der Inhalt fremden Rechts erforscht wird. Hier geht es also um das Wie der Kenntnisnahme von nicht einheimischem Recht. Unter der Ermittlung fremden Rechts ist danach das Verfahren zur Feststellung seines Inhaltes zu verstehen²⁰⁶. - Im dritten Abschnitt dieser Arbeit wird zu zeigen sein, auf welche Bereiche innerhalb des anwendbaren ausländischen Rechts sich die Ermittlung erstreckt. Der nachfolgende § 3 befasst sich mit den Anforderungen, die an eine ausreichende Feststellung des Inhalts fremden Rechts gerichtet werden, sowie mit der Anwendung eines Ersatzrechts bei Scheitern der Ermittlung.

206 Kegel, Kolloquium Max-Planck-Institut 157; Neuhaus, Grundbegriffe 324; Geisler 181. In gleichem Sinne Ferid, Internationales Privatrecht 102, der sich jedoch zusehr auf die Ermittlung durch Gerichte beschränkt.

II. Fremdrechtsanwendung als Informationsproblem

1. Allgemeines

Die besonderen Aspekte der Fremdrechtsanwendung - und hier vor allem der Ermittlung - beruhen auf einer ausgeprägten Informationsproblematik. Mangelhaft ist einmal die Informationsbeschaffung. So konnte in der vorangehenden Untersuchung aufgezeigt werden, wie die damit zusammenhängenden Probleme die jeweilige Regelung der Fremdrechtsanwendung beeinflussen. Nicht selten werden die Parteien verpflichtet, die notwendigen Rechtsinformationen selber zu beschaffen. Besondere Probleme ergeben sich auch für die Informationsverarbeitung. Als wenig sinnvoll können sich Nachweise herausstellen, deren Gegenstand von der fremden Rechtsordnung aus gesehen nicht richtig eingeordnet wird, so dass die konkrete Rechtsfrage eine unzutreffende Beantwortung erfährt. Zu denken ist hier vor allem an die Auslegung fremden Gesetzesrechts. Damit wird ersichtlich, dass Beschaffung (Ermittlung) und Verarbeitung der Informationen (Anwendung des ermittelten Rechts) durch dieselbe Person erfolgen sollten. In praxi ist dem aber kaum so; das wird in Zusammenhang mit den Gutachten zu erörtern sein. - Es ist eine Frage des Masstabes, wie man die Qualität heutiger Fremdrechtsanwendung beurteilen will. Zufriedenstellend ist die Situation bekanntlich nicht. FERID spricht gar von einer "Misere" bei der Behandlung von Fällen mit Auslandsberührung²⁰⁷. Soll das herkömmliche System der kollisionsrechtlichen Lösung internationaler Sachverhalte beibehalten werden, bedarf es jedenfalls weiterer Anstrengungen zur Verbesserung der Informationsmöglichkeiten. Im folgenden sind geplante und bestehende Mittel zur Feststellung des Inhaltes fremden Rechts darzulegen.

2. Elektronische Datenverarbeitung (EDV)

Schon heute stellt sich die Frage nach Systemen der elektronischen Datenverarbeitung. Dabei muss abgeklärt werden, wie die EDV den Bedürf-

207 Ferid, Misere I; vgl. ebenso Denkschrift zur Verbesserung 323; Flessner 552 f.

nissen der Rechtsanwendung dienstbar zu machen ist. Auf dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung (Rentenversicherung, Einwohnerkontrolle, Steuerverwaltung usw.) konnten bereits Erfahrungen gesammelt werden, die EDV auch für andere Bereiche nutzbar erscheinen liessen. Im Vordergrund standen von Anfang an die Bedürfnisse nach umfassender Dokumentation. Seit mehreren Jahren laufen deshalb - sowohl auf nationaler wie auf internationaler Ebene - Projekte zur Erfassung von Gesetzen, Judikatur und Literatur²⁰⁸. Heute besteht Einigkeit darüber, dass solche Verfahren vom technischen und methodischen Gesichtspunkt her möglich sind²⁰⁹. Eine andere Frage ist diejenige nach dem Aufwand für die Erfassung der einschlägigen Texte. Hier gehen die Meinungen auseinander. Viele Juristen, insbesondere auch Mitarbeiter von Forschungsinstituten, erachten die notwendigen Investitionen als zu kostspielig. Allgemein ist noch verbreitete Skepsis gegenüber der EDV feststellbar. Das zögert juristische Datenbanken aber nur hinaus, verhindert werden können sie nicht. So auch in der Schweiz. Hier arbeiten seit längerem die Juristische Datenbank AG und die Dataplus AG am Aufbau einer Datenbank. Ziel ist die Erfassung von Gesetzen, Judikatur und Literatur; in einer ersten Phase werden die publizierten Bundesgerichtsentscheide und die Entscheidungen des Zürcher Obergerichts aufgenommen²¹⁰. Im Bund und in den Kantonen dürfte eine Speicherung der Erlasse (Gesetze, Verordnungen usw.) auf elektronischen Trägern nicht mehr unabsehbar sein. Es ist damit zu rechnen, dass Richter, Zivilstandsbehörden, Anwälte u.a. künftig am eigenen Terminal die anwendbaren Normen und die dazu bestehende Praxis abrufen werden. Was bedeutet das für die Fremdrechtsanwendung? Hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Bestimmung des zuständigen Sachrechts dürfte sich die

208 Vgl. dazu Simitis, Informationskrise 291 ff.

209 Beispielsweise hat IBM zwei hierfür verwendbare Programme entwickelt. ATMS (Advanced Text Management System) ist ein Programm zum Erfassen, Überprüfen und Korrigieren anspruchsvoller Texte (z.B. von Gerichtsurteilen). Sodann ermöglicht das Programm STAIRS (Storage and Information Retrieval System) das selektive Suchen und Abrufen von Textinformationen mittels beliebiger Suchbegriffe. Zu den Anwendungsmöglichkeiten von STAIRS im Bereich des Rechts vgl. Walter Hermann (Hg.), STAIRS in der Praxis, IBM-Beiträge zur Datenverarbeitung / Anwendungen 6 (Stuttgart 1977).

210 Was bis jetzt zu ca. 70 % erfolgt ist. Hiezu siehe auch Flück 299.

Suche nach den anwendbaren Kollisionsnormen (nationales Recht, Uebereinkommen) erleichtern. Gleiches sollte grundsätzlich auch für die materiellen Rechte gelten, zumal wenn auf dem Rechtshilfegeweg oder über Korrespondenzanwälte Zugang zu "Fremdrechtsterminals" geschaffen würde. - Geben die vorstehenden Ausführungen noch nicht den Rechtsalltag wieder, sollen sie doch auf eine gewichtige (künftige) Möglichkeit zur Verbesserung der Rechtsinformation hinweisen.

3. Das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung

Weltweit haben in den letzten Jahrzehnten Bemühungen stattgefunden, durch Aufstockung von Universitäts- und anderen Forschungsbibliotheken vermehrte Dokumentation zu Ausländerechten bereitzustellen. In der Schweiz ist das bisher nur punktuell geschehen, was - von einzelnen Ausnahmen abgesehen - nicht befriedigen konnte. Diesem Umstand soll jetzt Abhilfe geschaffen werden durch das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung, mit Sitz in Lausanne-Dorigny. Das Institut wird zur Zeit aufgebaut und kann in Bälde seine Arbeit aufnehmen; zum Direktor wurde vom Bundesrat auf den 1. Mai 1980 Professor Alfred E. von OVERBECK gewählt. Der Zweck wird in Art. 2 des Bundesgesetzes über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung²¹¹ wie folgt umschrieben: "Das Institut ist Dokumentations- und Forschungsstätte für Rechtsvergleichung, ausländisches und internationales Recht." Zu den Aufgaben des Instituts gehören die Mitwirkung an internationalen Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung, das Bereitstellen von Studien und Unterlagen für die Bundesgesetzgebung sowie allgemein das Betreiben eigener Forschungen. Von besonderem Interesse für die Fremdrechtsanwendung ist lit. c. von Art. 3 des Gesetzes (Aufgaben); danach soll das Institut auch "Gerichten, Verwaltungsstellen, Anwälten und weiteren Interessenten Auskünfte und Gutachten erteilen". In der Botschaft des Bundesrates²¹² wird deutlich unterstrichen, dass durch diese Tätigkeit das Niveau der Rechtsprechung in Fällen mit Auslandsberührung angehoben werden soll.

211 Vom 6. Oktober 1978, AS 1979 I 56.

212 Bundesblatt 128 (1976) I 809 (816 f).

Gleichzeitig will man damit die Sektion für internationales Privatrecht (Bundesamt für Justiz) von der Auskunftserteilung über fremde Rechte entlasten²¹³. Eine Umfrage bei kantonalen Gerichten hat ergeben, dass die Schaffung dieses Instituts im allgemeinen sehr begrüsst wird. Daran knüpft man jedoch die Erwartung, vom Institut als "Servicestelle" für Dokumentation und Information profitieren zu können, so wie das die Botschaft des Bundesrates ausdrückt²¹⁴: "Das Institut wird sich somit als ein eigentlicher Dienstleistungsbetrieb präsentieren, der jedem Interessenten zur Verfügung steht." Andererseits gibt es Stimmen, die bezweifeln, ob das Institut bei der geplanten Grösse die vorhandenen Bedürfnisse wird befriedigen können²¹⁵. Diese Frage muss zum jetzigen Zeitpunkt noch offenbleiben. Eine Verbesserung des Informationswesens auf dem Gebiet der Fremdrechtsanwendung dürfte das Institut in jedem Fall bringen. Das wird auch für den geplanten Art. 15 des schweizerischen Entwurfs zu einem IPR-Gesetz (Anwendung ausländischen Rechts von Amtes wegen) hervorgehoben²¹⁶.

III. Mittel zur Feststellung des Inhaltes fremden Rechts

Die nachfolgend einzeln zu behandelnden Möglichkeiten der Ermittlung fremden Rechts stehen nicht in einer bestimmten Rangordnung zueinander. Vielmehr ist es grundsätzlich in das plichtgemässe Ermessen des Richters oder des Verwaltungsbeamten gestellt, wie er vom Inhalt des anwendbaren fremden Rechts Kenntnis erlangen will²¹⁷. Im einen Fall mag das Konsultieren des Gesetzestextes genügen, häufiger wird man zu einem Kommentar greifen müssen; nicht selten drängt sich das Einholen eines Gutachtens auf.

213 Wieweit dies bei den lediglich sechs geplanten vollamtlichen Juristen möglich sein wird, erscheint als offene Frage.

214 Botschaft (vgl. Anm. 212) 815.

215 Skepsis im Hinblick auf die notwendigen, jedoch kaum finanzierbaren Anschaffungen äussert Flück 297.

216 Schlussbericht 61.

217 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann N 2) zu § 293; BGH in IPRspr. 1975 Nr. 1 (S. 2); Melchior 422; Riezler 495; Bosshard 71.

Es gibt Rechtsordnungen, die für eine ausreichende Ermittlung qualifizierte Nachweise verlangen, indem sie gewisse Beweismittel - z.B. Urkunden in Form von Gesetzesauszügen - für ungenügend erklären (vgl. im einzelnen hienach). Allgemein besteht jedoch die Tendenz, den Ermessensspielraum des Richters nicht durch solche Vorschriften einzuschränken. Das gilt vorab dort, wo die Fremdrechtsmittlung von Amtes wegen erfolgt²¹⁸. Gleiches ist aber auch für Rechte wünschbar, die von der Nachweiskonzeption ausgehen. Der Richter soll hier ebenso alle einem Nachweis dienenden Erkenntnisquellen berücksichtigen dürfen, selbst wenn sie in den Prozessordnungen nicht als Beweismittel vorgesehen sind. Für das geltende Recht der Schweiz stellt sich insofern kein Problem, als die kantonalen ZPO den Richter fremdes Recht von sich aus anwenden lassen, wenn er davon - auf welchem Weg auch immer - "sichere Kenntnis" hat. Haben die Parteien aber ausländisches Recht nachzuweisen, steht ihnen die ganze Palette der Beweismittel zur Verfügung. - Umstrittener ist die Frage, wieweit die Bestimmungen des förmlichen Beweisverfahrens (Beweisauflage, Beweisantretung, Formvorschriften für Beweismittel, Fristen) auch für die Ermittlung fremden Rechts gelten. Der deutsche Bundesgerichtshof hat unlängst für das Rechtsgutachten entschieden, dass es zwar im pflichtgemässen Ermessen des Tatrichters liege, ein solches einzuholen. Entschliesse sich der Richter jedoch dazu, müsse er die Vorschriften über den Sachverständigenbeweis beachten²¹⁹. In vielen Fällen mag es sinnvoll sein, die Vorschriften des Beweisverfahrens anzuwenden, vor allem um die Stellungnahme zu einzelnen Nachweispunkten zu erleichtern. Ausnahmen sollten dann gemacht werden, wenn die Förmlichkeit des Verfahrens die korrekte Beantwortung der relevanten Rechtsfragen verhindert. Das kann etwa der Fall sein, wenn nach Abschluss des Beweisverfahrens neue Erkenntnisse zum ausländischen Recht auftreten - z.B. Gesetzesänderungen, neue Gerichtsentscheide oder gar Berichtigung des Gutachtens. Zuweit geht jedenfalls eine völlige, weil nicht differenzierende Gleichstellung mit dem Tatsachenbeweis²²⁰.

218 Siehe beispielsweise den nicht ausschliesslichen Charakter von § 4 Abs. 1 des österreichischen IPR-Gesetzes: "Das fremde Recht ist von Amtes wegen zu ermitteln. Zulässige Hilfsmittel hiefür sind auch ..."

219 BGH in IPRspr. 1975 Nr. 1 (Entscheid v. 10.7.1975); hiezu ausführlich Geisler 177 u. 184 ff. Vgl. auch BGH in IPRspr. 1974 Nr. 1b (S. 14). Zum ganzen Problem etwas apodiktisch Brauksiepe 67 f.

220 Hiezu siehe auch hinten bei § 3 I. (Anforderungen an die Feststellung des fremden Rechts) und vorne bei Anm. 112 ff.

1. Gesetzestexte

In internrechtlichen Fällen kann die Antwort auf eine Rechtsfrage häufig direkt einer Gesetzesnorm entnommen werden. Der offizielle Gesetzestext spielt eine zentrale Rolle. Gleiches müsste dem Grundsatz nach - wenigstens im kontinentaleuropäischen Rechtsbereich - auch für Fälle mit Auslandsberührung gelten. Richtigerweise wäre in erster Linie von den offiziellen Gesetzessammlungen auszugehen. Diese sind aber im Ausland kaum greifbar. So gelangen fremde Gesetze zumeist in Form wissenschaftlicher Kommentare zur Kenntnis rechtsanwendender Behörden und Parteivertreter. Bisweilen werden Kopien von Originalen oder sonstige Auszüge zum Beweis des fremden Gesetzeswortlauts vorgelegt. Rechtsgenügsam ist ein solcher Nachweis häufig nicht. Dies ist beispielsweise in England und in den USA der Fall, wo man sich grundsätzlich nur unter Beizug eines Sachverständigen des betreffenden Rechts auf ausländische Gesetzestexte abstützen kann²²¹. - Offizielle Gesetzbücher werden kaum als alleinige Mittel zur Feststellung ausländischen Rechts verwendet.

2. Entscheidungssammlungen

Wie bei der Anwendung von inländischem ist auch bei jener von ausländischem Recht die Rechtsprechung zu berücksichtigen. Insbesondere sollen die höchstrichterlichen Präjudizien zur Abklärung der Frage konsultiert werden, wieweit das fremde Buchrecht auch das "law in action"²²² darstellt. Soweit vorhanden, sind die einschlägigen Entscheidungssammlungen beizuziehen. Indessen wird man häufiger zu einem wissenschaftlichen Werk greifen,

221 Dicey/Morris 1127; Baeck 93. Zur Praxis des spanischen Obersten Gerichts unter dem alten Recht Samtleben, Kolloquium Max-Planck-Institut 52 (die neue spanische Anwendungsnorm vgl. vorne bei Anm. 161).

222 Neumayer, Fremdes Recht 413.

welches die betreffende Rechtsprechung ausgewertet und verarbeitet hat²²³. Damit verlieren offizielle Entscheidungssammlungen in der Fremdrechtsanwendung an Bedeutung^{223a}.

3. Wissenschaftliche Werke und Fachzeitschriften

Vom Gutachten einmal abgesehen, müssen sich Behörden und Privatpersonen, die fremdes Recht zu berücksichtigen und anzuwenden haben, in möglichst nützlicher Frist ein Bild über die betreffende Regelung machen können. Sie benötigen Hilfsmittel, in denen Gesetzesbestimmungen, Judikatur und Lehrmeinungen zu den einschlägigen Rechtsfragen studiert und wenn möglich vollständig verarbeitet worden sind. Naheliegend ist die Abstützung auf wissenschaftliche Werke und Fachzeitschriften, weshalb diesen entscheidende Bedeutung zukommt. Von unterschiedlichem Umfang sind die Bestände in den vorhandenen Bibliotheken: Universitätsbibliotheken, insbesondere an den juristischen Fakultäten, Gerichts- und Behördenbibliotheken, Bibliotheken der Privatwirtschaft sowie der internationalen privaten und öffentlichen Organisationen²²⁴. Fehlt es auch an vielem, gibt es doch in der Schweiz mehr Fremdrechtsliteratur, als allgemein angenommen wird. Indessen schweigen die besten Nachschlagewerke, wenn sie nicht benützt werden! Letzteres kommt deshalb häufig vor, weil die einzelnen Titel auf dezentrale Stellen verteilt sind und über die betreffenden Standorte wenig Kommunikation geführt wird. Ist für eine Frage speziellere Literatur beizuziehen, scheut man bisweilen den Gang oder den Anruf an eine entlegenere Bibliothek. Diese Aspekte spielen eine nicht unbedeutende Rolle in der laufenden Diskussion über Art. 15 des Entwurfs zu einem IPR-Gesetz. Wünschbar wären - neben dem Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne - mehrere

223 Nach Neuhaus, Grundbegriffe 333 werden "in deutschen Entscheidungen über englisches und amerikanisches Recht mehr 'textbooks' als Präjudizien zitiert".

223a Entscheidungssammlungen von Nachbarstaaten mögen allenfalls noch berücksichtigt werden.

224 Dazu Flück 294.

zentral gelegene Bibliotheken, die mit reichhaltigen Beständen an Fremdrechtsliteratur und gehöriger Bekanntmachung derselben den Gerichten, Verwaltungsbehörden usw. offenstünden²²⁵. - Im folgenden sei hingewiesen auf einzelne Literaturgattungen und verschiedene Titel dazu. Interessant ist die Tatsache, dass vor allem auf dem Gebiet des Familienrechts manche Werke recht verbreitet sind, insbesondere bei den Zivilstandsbehörden. Unterschiedlich ist die Situation an den schweizerischen Gerichten, vorab der ersten Instanz. Entscheidend sind hier vielfach die finanziellen Möglichkeiten; überdies hängt vom jeweiligen Gerichtspräsidenten und von der Kanzlei ab, wieweit auch die Anschaffung auslandrechtlicher Literatur gefördert wird. Ein nicht selten anzutreffender Missstand ist der Gebrauch veralteter Kommentare.

Eine erste Gruppe wissenschaftlicher Hilfsmittel umfasst - neben den Kommentaren und Monographien - gewichtige Sammelwerke, die in vergleichender Darstellung verschiedene materielle Rechte fremder Länder behandeln. Viele von ihnen enthalten Uebersetzungen von Quellen - sowohl des Sachrechts wie des Kollisionsrechts - und werden als Loseblattsammlungen laufend erneuert. Hinzuweisen ist ferner auf Werke, die eine systematische Auswertung der Rechtsprechung auf dem Gebiet der Fremdrechtsanwendung enthalten. - Für diese erste Gruppe seien genannt²²⁶:

- ANLIKER P., Die erbrechtlichen Verhältnisse der Schweizer im Ausland und der Ausländer in der Schweiz (Aarau/Leipzig 1933)
- BERGMANN A. / FERID M. (Hg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (10 Bde Loseblattsammlung, 5.A. Frankfurt a.M. 1976 ff) (227)

225 Zu einem vorgeschlagenen "Sammelschwerpunkt Rechtswissenschaft" für auslandrechtliche Literatur in der Schweiz vgl. sodann Flück 298.

226 Zu den kollisionsrechtlichen Quellen und deren Darstellungen im besondern siehe Kegel, Internationales Privatrecht 96 ff, 114 ff u. Raape/Sturm 40 ff, 68 ff, 455 ff.

227 Dieses Werk ist sehr verbreitet. Für kritische Hinweise dazu von WENGLER vgl. Heldrich, Heimwärtsstreben 214 Anm. 16.

- BOEHMER Chr. / SIEHR K., Das gesamte Familienrecht - Bd. 2: Das internationale Recht (Loseblattsammlung, Frankfurt a.M. 1979 ff)
- BOSCHAN S., Europäisches Familienrecht (5.A. München 1972; Nachträge 1972 - 1974 München 1975)
- BUELOW A. / BOECKSTIEGEL K.-H., Der internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen (Loseblattsammlung, 2.A. München 1973 ff)
- DUTOIT B. u.a., La nationalité de la femme mariée (3 Bde, Genève 1973 ff)
- FERID M. / FIRSCHING K., Internationales Erbrecht (6 Bde Loseblattsammlung, 2.A. München 1969 ff)
- Fichier de Documentation, hg. von der Commission Internationale de l'Etat Civil (C.I.E.C.); 3 Bde Loseblattsammlung mit Supplementen (228)
- HECKER H., Die Staatsangehörigkeitsregelungen in Europa (Hamburg 1974)
- Juris-classeur de droit international, hg. von B. GOLDMAN (Mehrere Bde Loseblattsammlung, Paris 1960 ff)
- KELLER M. / SCHULZE C. / SCHUETZ K. u. KELLER M. / SCHULZE C. / SCHAETZLE M., Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Internationalen Privatrecht (2 Bde, Zürich 1976 u. 1977)
- KROPHOLLER J. (derzeitiger Bearbeiter), Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts, jährlich erscheinende Sonderveröffentlichung der RabelsZ (Berlin/Leipzig 1926 -1934, seit 1945 Berlin/Tübingen) (229)
- LESKE / LOEWENFELD, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr; LOEWENFELD E.H. / LAUTERBACH W. (Hg.), Bd. I: Das Eherecht der europäischen und der aussereuropäischen Staaten (9 Lieferungen, 3.A. Köln/Berlin/Bonn/München 1963 ff)

228 Zur C.I.E.C. sowie zu deren Uebereinkommen auf dem Gebiet des Informationsaustausches vgl. Simitis, Kommission für Zivilstandswesen 30, 37 ff, 66.

229 Jüngst ist erschienen Band 1 der für die Jahre 1935 - 1944 ausgewerteten Rechtsprechung, unter Federführung von Karl Arndt (Tübingen 1980). - Zu ähnlichen Sammlungen des holländischen T.M.C. Asser Instituut vgl. Raape/Sturm 89.

- MARTINDALE - HUBBELL, Law Directory (Rechtsdarstellungen, Gerichte, Anwälte), Mehrere Bde (laufende Neuausgaben)
- MASSFELLER F. / HOFFMANN W. (Hg.), Personenstandsgesetz-Kommentar (3 Bde Loseblattsammlung, Frankfurt a.M. 1963 ff)
- MERGENTHALER E. / REICHARD H., Standesamt und Ausländer (2 Bde Loseblattsammlung, Frankfurt a.M. 1973 ff) (230)
- SCHETTLER / BÜELER, Das Wechsel- und Scheckrecht aller Länder (Mehrere Bde Loseblattsammlung, Deutscher Wirtschaftsdienst)
- STAUFFER W., Praxis zum NAG (Bereinigter Nachdruck der 1.A. Zürich 1975; Nachtrag Zürich 1977)
- TOMFORDE H. / WEBLER H., Das Recht des nichtehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland (hg. vom Deutschen Institut für Vormundchaftswesen e.V.; Loseblattsammlung, 5.A. Köln/Berlin/Bonn/München 1953 ff)
- Union Internationale du Notariat Latin. Commission des Affaires Européennes: Régimes matrimoniaux, successions et libéralités, hg. von M. VERWILGHEN (2 Bde, Neuchâtel 1979)

In einer zweiten Gruppe sind Gutachten zu erwähnen, die publiziert und damit der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden²³¹. Sie behandeln Fragen des ausländischen Kollisions- und Sachrechts. Für die Schweiz sind hier in erster Linie die Gutachten und übrigen Auskünfte des Bundesamtes für Justiz / Sektion für internationales Privatrecht zu nennen. Diese finden sich veröffentlicht in der "Verwaltungspraxis der Bundesbehörden" (Bern); systematische Register erleichtern den Zugang²³².

230 Dieses Werk ist bei schweizerischen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen ziemlich verbreitet.

231 Zu den Gutachten selbst siehe hienach Ziff. 5.

232 Unlängst ist ein ausführliches Schlagwort- und Gesetzesregister für die Jahre 1948 - 1976 erschienen (Bern 1978).

Wichtig sind ferner:

- FERID M. / KEGEL G. / ZWEIGERT K. (Hg.), Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (veröffentlicht im Auftrage des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, Berlin/Tübingen/Frankfurt a.M. 1965 (1968) ff) (233)
- PFAFF D. / WAEHLER J.P., Familien- und Erbrecht der Flüchtlinge und Umsiedler. Gutachten zum Internationalen Privatrecht und Staatsangehörigkeitsrecht sowie zum Recht der sozialistischen Länder (Baden-Baden 1972)
- WENGLER W., Gutachten zum internationalen und ausländischen Familien- und Erbrecht (2 Bde Berlin 1971)

Von besonderer Bedeutung für die Fremdrechtsanwendung sind die Zeitschriften. Sie enthalten nicht nur Aufsätze zu aktuellen Fragen, sondern auch wichtige Gerichts-u.a. Entscheide. Darüber hinaus veröffentlichen sie Hinweise auf die ausländische Gesetzgebung, Kreisschreiben an Verwaltungsstellen und anderes mehr. Nachstehend seien Beispiele solcher Periodika aufgeführt:

- The American Journal of Comparative Law
(Berkeley, 28. Jg. 1980)
- The International and Comparative Law Quarterly
(London, 28. Jg. 1979)
- The International Lawyer
(Chicago, 13. Jg. 1979)
- Journal du droit international
(Paris, 107. Jg. 1980)
- Oesterreichisches Standesamt
(Wien, 34. Jg. 1980)
- Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
(Bielefeld, 1. Jg. 1981)

233 Hieran sind die wichtigsten bundesdeutschen Hochschul- und anderen Forschungsinstitute für ausländisches und Internationales Privatrecht beteiligt.

- Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
(Tübingen, 44. Jg. 1980)
- Recht der Internationalen Wirtschaft
(Heidelberg, 26. Jg. 1980)
- Revue critique de droit international privé
(Paris, 69. Jg. 1980)
- Revue de Droit international et de Droit comparé
(Bruxelles, 57. Jg. 1980)
- Revue internationale de droit comparé
(Paris, 32. Jg. 1980)
- Rivista di diritto internazionale
(Milano, 62. Jg. 1979)
- Rivista di diritto internazionale privato e processuale
(Padova, 15. Jg. 1979)
- Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
(Zürich, Bd. 35 1979)
- Das Ständesamt
(Frankfurt a.M., 33. Jg. 1980)
- Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
(Bielefeld, 27. Jg. 1980)
- Zeitschrift für Rechtsvergleichung
(Wien, 20. Jg. 1979)
- Zeitschrift für Vormundtschaftswesen
(Zürich, 35. Jg. 1980)
- Zeitschrift für Zivilstandswesen
(Bern, 48. Jg. 1980)

Abschliessend sollen Werke erwähnt werden, die zur besseren Erschliessung des Schrifttums über die Fremdrechtsanwendung beitragen. Sie können auch dem Praktiker von Nutzen sein.

- Aufsatzdokumentation zur Privatrechtsvergleichung, Privatrechtsvereinheitlichung sowie zum Internationalen Privatrecht und ausländischen Privatrecht, hg. vom Max-Planck-Institut für auslän-

disches und internationales Privatrecht (für 1968 - 1972 Tübingen 1975; für 1973 - 1979 Hamburg 1977 ff) (234)

- Index to Foreign Legal Periodicals
Laufende Uebersicht über ausländische Monographien und Aufsätze; hg. v. Institute of Advanced Legal Studies (London) in Zusammenarbeit mit The American Association of Law Libraries (London 1960 ff)
- Karlsruher Juristische Bibliographie
Systematischer Nachweis neuer Bücher und Aufsätze in monatlicher Folge aus Recht, Staat u. Gesellschaft; Hg.: H. KIRCHNER / J. MACKERT / F. SCHNEIDER i.V.m. W. STEINMUELLER (München / Frankfurt 1965 ff)
- SOYKE P. / WEHSE E. (Bearbeiter), Bibliographie des deutschen Schrifttums zum internationalen und ausländischen Privatrecht 1945 - 1970 (Studien aus dem Institut für internationales Recht an der Universität Kiel, Berlin 1978) (235)

4. Schriftliche Auskünfte²³⁶

Für die Ermittlung ausländischen Rechts können bei inländischen und ausländischen Stellen Auskünfte zum fremden Recht eingeholt werden. Das geschieht auf verschiedene Weise.

In vielen Ländern haben die Gerichte und Verwaltungsbehörden die Möglichkeit, bei ihrem Justizministerium nach dem Inhalt eines bestimmten Rechts zu fragen. Das ist etwa der Fall in Oesterreich²³⁷,

234 Mit dem Wechsel beim Direktorium des Max-Planck-Instituts in Hamburg ist die Aufsatzdokumentation auf Ende 1979 leider abgeschlossen worden.

235 Ein Anschlussband für die Jahre 1971 - 1980 befindet sich in Vorbereitung.

236 Zu den Gutachten im besondern siehe Ziff. 5. hienach.

237 Vgl. IPR-Gesetz § 4 Abs. 1 sowie Hans Hoyer, Buchbesprechung in Zeitschrift für Rechtsvergleichung 15 (1974) 312.

Ungarn²³⁸ und Polen²³⁹. Mehrheitlich ist die Lehre solchen Auskünften gegenüber skeptisch eingestellt, da diese in praxi nicht befriedigten²⁴⁰. Zum einen bestünden grundsätzliche psychologische Hemmnisse, als Richter an eine höhere Verwaltungsstelle zu gelangen. Letztere wiederum wolle sich einer Beeinflussung der Justiz enthalten und liefere deshalb nur allgemein gehaltene Auskünfte, z.B. Gesetzestexte²⁴¹. Hinzu kommen Bedenken hinsichtlich abstrakter Fragestellungen zum ausländischen Recht (losgelöst vom konkreten Fall). Probleme ergeben sich ferner durch die oft lange Dauer, bis die Auskunft vorliegt, sowie durch den Umstand, dass in die Tiefe gehende Aufschlüsse kompetenter Leute häufig ausbleiben. Anders ist die Situation in der Schweiz. Hier beruht die Fremdrechtsanwendung zu einem grossen Teil auf den Gutachten und Auskünften, die von der Sektion für internationales Privatrecht (Bundesamt für Justiz) an öffentliche Stellen und Private abgegeben werden²⁴². Insbesondere im Familien- und Erbrecht (unter Einschluss der dazu gehörenden Prozessprobleme) könnten die Gerichte und Verwaltungsbehörden ohne die Tätigkeit der IPR-Sektion kaum auskommen. Hervorzuheben ist allerdings, dass sich letztere nicht nur auf einfache Auskünfte beschränkt, sondern vielfach eingehende Gutachten - auf Grund der konkreten Akten - erstellt. Wird die Sektion durch diese Gutachtenstätigkeit auch überlastet und von andern Aufgaben abgehalten, kann man auf ihre Dienste einstweilen doch nicht verzichten. Eine Entlastung wird möglicherweise das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne bringen.

238 IPR-Gesetz § 5 Abs. 2: "Auf Antrag des Gerichts oder einer anderen Behörde gibt das Justizministerium über das ausländische Recht Auskunft." Für Ungarn im Ausland bestimmt der interessante § 66 des gleichen Gesetzes: "Der Justizminister stellt einer Person, die dies zwecks Geltendmachung ihrer Rechte im Ausland benötigt, eine Bescheinigung über das ungarische Recht und die geltende Uebung seiner Anwendung aus."

239 Kegel, Organisation 464.

240 Denkschrift zur Verbesserung 324 (gleich Neuhaus, Grundbegriffe 330); Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung 678; Ferid, Misere 22; Troller 848.

241 Denkschrift a.a.O. (Anm. 240).

242 Veröffentlicht in der Verwaltungspraxis der Bundesbehörden; siehe bei Anm. 232.

Gelegentlich werden Anfragen über fremdes Recht an diplomatische Vertretungen des In- und Auslandes gerichtet. Solche Ersuchen führen nur in seltenen Fällen zu befriedigenden Auskünften. Dies hängt mit dem Umstand zusammen, dass die Zahl der juristisch ausgebildeten Diplomaten stark abgenommen hat. Auch liegt der Schwerpunkt der Aufgaben von Botschaften und Konsulaten nicht auf der Erteilung von Rechtsauskünften. Die Lehre rät deshalb überhaupt davon ab²⁴³. In Ausnahmefällen mag sich eine positive Praxis einstellen, wenn auf der Vertretung diese Arbeit von kompetenter Seite erledigt wird. In den vergangenen Jahren war dies der Fall beim italienischen Generalkonsulat in Zürich. Hier war im "Ufficio legale" eine Person ausschliesslich zur Auskunftserteilung in Rechtsfragen angestellt. Das führte häufig zu befriedigenden Antworten auf Anfragen von Zivilstands- und Vormundschaftsbehörden, Anwälten, Gastarbeitern u.a.²⁴⁴. Auch schweizerische Botschaften und Konsulate erteilen Rechtsauskünfte über schweizerisches (und bisweilen ausländisches) Recht, soweit vorhandene juristische Kenntnisse und der Arbeitsaufwand es erlauben. Nach Art. 30 des Reglements des schweizerischen diplomatischen und konsularischen Dienstes²⁴⁵ darf es sich indessen nur um "Bescheinigungen" über das schweizerische Recht handeln, worunter einzig die Bekanntgabe von Gesetzestexten zu verstehen ist²⁴⁶. Im übrigen werden anfragende Personen schweizerischer Nationalität an den Vertrauensanwalt der Vertretung verwiesen.

Schriftliche Auskünfte erteilen im weiteren ausländische Anwälte. Diese Praxis ist vor allem in Frankreich verbreitet. Hier haben die Parteien häufig ein "certificat de coutume" vorzulegen, in welchem ausländische

243 Denkschrift zur Verbesserung 324; Ferid, Internationales Privatrecht 105; Neuhaus, Grundbegriffe 330 (mit Hinweis in Anm. 908 auf ein "krasses Beispiel amtlicher Fehlinterpretation" durch ein Aussenministerium); Dilger 37 (mit einem Fall aus der jüngsten Vergangenheit); Kegel, Organisation 465.

244 Herr DCL GRANDE, hierfür verantwortlich, ist vor einiger Zeit in den Ruhestand getreten.

245 Vom 24. November 1967, SR 191.1.

246 Nach Auskunft des Eidgen. Departements für auswärtige Angelegenheiten ist diese Zurückhaltung mit Rücksicht auf das Verantwortlichkeitsgesetz geboten.

Juristen den Inhalt des fremden Rechts wiedergeben²⁴⁷. Diese Ausführungen sind zumeist lapidar und nur mit wenigen Belegen versehen. Ungewiss bleibt auch die Fachkompetenz des betreffenden ausländischen Juristen. Hinzu kommt, dass es sich um Antworten auf abstrakte Rechtsfragen handelt. Die Lehre steht solchen Auskünften deshalb kritisch gegenüber, auch in Frankreich²⁴⁸.

Auskünfte über ausländisches Recht sind ferner auf dem Rechtshilfeweg zu erlangen. Dies kann geschehen durch Vermittlung des eigenen Ausenministeriums, beispielsweise auf Grund eines bilateralen Rechtshilfeabkommens. Internationale Organisationen vertreiben bisweilen Listen von ihnen angeschlossenen nationalen Auskunftsstellen²⁴⁹. - Von besonderer Bedeutung ist das Europäische Uebereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht vom 7. Juni 1968. Dieses Uebereinkommen will den Informationsaustausch über fremdes Recht zwischen den Gerichten der Vertragsstaaten fördern. Auch die Schweiz ist dem Uebereinkommen beigetreten; hier steht es seit dem 20. November 1970 in Kraft²⁵⁰. Nach Art. 1 des Ueberein-

247 Ponsard, *Loi étrangère* 268; Batiffol/Lagarde 415; Zajtay, Kolloquium Max-Planck-Institut 19.

248 Kegel, Kolloquium Max-Planck-Institut 171; Zweigert, *Zur Armut* 449; Ponsard, *Loi étrangère* 269 (mit Hinweisen, wie die französische Praxis wenigstens die schlimmsten Missbräuche verhindern will); Bellet, *Entscheiden* in *Revue critique de droit international privé* 1965, 134: "Devant les tribunaux français, les avocats usent le plus souvent de certificats de coutume. Mais ... ces certificats sont souvent de simples consultations déguisées, voire des plaidoiries déguisées. Nous avons vu un avocat produire à l'appui de sa demande un certificat de coutume fait ... par lui-même. Ils sont souvent incomplets et médiocres et la lumière ne naît pas nécessairement de leur confrontation, quand il en existe de part et d'autre."

249 So hat z.B. die Internationale Union des Lateinischen Notariats (Kommission für Europäische Angelegenheiten) eine Liste von Organisationen und Personen erstellt, die auf kollegialer Basis Auskünfte über das jeweilige nationale Recht erteilen. Diese Liste ist abgedruckt in *Deutsche Notar-Zeitschrift* 1979, 130 f.

250 Vgl. die deutsche Uebersetzung des Uebereinkommens aus den französischen und englischen Originaltexten in AS 1970, 1233. Vertragsstaaten sind (AS 1976 II, 1946 u. AS 1978 I, 73): Belgien, Costa Rica, Dänemark, Bundesrepublik Deutschland (inkl. Berlin-West), Frankreich, Griechenland, Grossbritannien, Jersey, Island, Italien, Liechtenstein, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Oesterreich, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei, Zypern.

kommens verpflichten sich die Vertragsparteien, einander "Auskünfte über ihr Zivil- und Handelsrecht, ihr Verfahrensrecht auf diesen Gebieten und über ihre Gerichtsverfassung zu erteilen." Zu diesem Zweck muss jedes Land eine einzige Stelle ("Empfangsstelle") errichten, die eingehende Auskunftersuchen entgegenzunehmen und ausgehende Anfragen den ausländischen Empfangsstellen zu übermitteln hat²⁵¹. Berechtigt zur Stellung von Auskunftersuchen sind nur gerichtliche Behörden, und zwar ausschliesslich für hängige Verfahren (Art. 3). Im Ersuchen sind möglichst genaue Rechtsfragen zu formulieren, auch ist eine Darstellung des Sachverhalts mit denjenigen Angaben mitzuliefern, "die zum Verständnis des Ersuchens und zu seiner richtigen und genauen Beantwortung erforderlich sind" (Art. 4). Die schriftlich zu erteilende Rechtsauskunft kann von der Empfangsstelle selbst verfasst oder von dieser zur Ausarbeitung an eine andere staatliche oder sonstige öffentliche Stelle abgegeben werden. Wichtig ist Art. 7: "... Die Antwort hat, je nach den Umständen des Falles, in der Mitteilung des Wortlautes der einschlägigen Gesetze und Verordnungen sowie in der Mitteilung von einschlägigen Gerichtsentscheidungen zu bestehen. Ihr sind, soweit dies zur gehörigen Unterrichtung der ersuchenden gerichtlichen Behörde für erforderlich gehalten wird, ergänzende Unterlagen wie Auszüge aus dem Schrifttum und aus den Gesetzesmaterialien anzuschliessen." Einstweilen noch ungewiss sind das praktische Funktionieren und die Bedeutung des Uebereinkommens. Gestützt auf dieses fordern zwar auch Gerichte der ersten Instanz manchmal Auskünfte über fremdes Recht an. Allgemein scheint das Uebereinkommen bisher jedoch wenig Resonanz gefunden zu haben²⁵². Der direkte Weg von Gericht zu Gericht wird teilweise noch bevorzugt^{252a}. Das mag nicht zuletzt damit zusammenhängen, dass in der Lehre Vorbehalte gegenüber dem Abkommen angebracht wurden.

251 Art. 2. Zum Mechanismus des Uebereinkommens siehe ausführlich Wolf 1584 ff u. Brulliard 391 ff. - In der Schweiz ist Empfangsstelle die Sektion für IPR (EJPD). Das System mit einer ausschliesslich zuständigen Zentralbehörde findet sich auch in den neuen Haager Abkommen zum Zivilverfahrensrecht.

252 Schwind, Zwischenbilanz 122.

252a Fraglich ist allerdings, wieweit neben dem Europ. Abkommen v. 1968 ein direkter Verkehr noch zulässig ist. Diese Frage stellt sich auch im Verhältnis zu Staaten, mit denen Erklärungen über den direkten gerichtlichen Verkehr bestehen (wie z.B. mit Belgien oder der BRD).

Insbesondere bundesdeutsche Autoren haben davor gewarnt; sie geben der Fremdrechtsermittlung auf Grund von Gutachten weiterhin den Vorzug²⁵³.

5. Gutachten

Besonders bedeutungsvoll für die Ermittlung fremden Rechts sind die hiezu erstellten Gutachten von Sachverständigen. Vor allem in der Bundesrepublik Deutschland, wo der Inhalt ausländischen Rechts von Amtes wegen festzustellen ist, hängt das Niveau der Fremdrechtsanwendung entscheidend von solchen Gutachten ab²⁵⁴. In der Schweiz stehen die Auskünfte und Gutachten der Sektion für internationales Privatrecht (Bundesamt für Justiz) im Vordergrund, wie bereits hievor erwähnt wurde²⁵⁵. Demgegenüber er-

253 Kegel, Internationales Privatrecht 231; Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung 677; Neuhaus, Grundbegriffe 331; Ferid, Internationales Privatrecht 105 (das Verfahren komme der französischen Praxis mit den *Certificats de coutume* zu nahe!); Jayme, Entscheidungsfindung 360 Anm. 6; zum Problem auch Siehr, *Special Courts* 671 f.

254 Allein das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg erstellt pro Jahr durchschnittlich zwischen 150 und 200 Gutachten zum ausländischen Recht: vgl. Gerhard Kegel, 50 Jahre Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdig* (Berlin/Heidelberg/New York 1978) 302 - 312 (310); von diesem Institut liegen bisher mehrere Tausend Gutachten zum ausländischen Recht vor. Ueber die Gutachter-tätigkeit des Instituts für Internationales Recht an der Universität München hat Jayme, Entscheidungsfindung 358 f für das Jahr 1975 eine Statistik veröffentlicht: Von vier Professoren und einem Universitätsdozenten wurden, zusammen mit Mitarbeitern, 251 Gutachten erstellt. Auch kleinere Institute in der BRD kommen pro Jahr bis auf mehrere Dutzend solcher Gutachten. - Die Honorare für Institutsgutachten sind nicht sehr hoch (im Gegensatz zu den teuren Privatgutachten). Für die Stunde werden DM 30.-- bis DM 80.-- berechnet; der Durchschnitt liegt bei DM 50.--. Gegenüber den Gerichten erfolgt die Abrechnung (in diesem Rahmen) nach dem Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen.

255 Vgl. bei Anm. 232 u. 242. Der Sektion für internationales Privatrecht gehören 6 Juristen an, die meisten davon für mehrere Jahre. Hier

stellen die schweizerischen Hochschulinstitute als solche kaum Gutachten zum ausländischen Recht. Eher sind es die einzelnen Professoren oder andere Fachspezialisten, die beigezogen werden²⁵⁶. Dieser Umstand kann zu einem grossen Teil mit dem Fehlen des notwendigen wissenschaftlichen Mittelbaus an den juristischen Fakultäten erklärt werden. Die wenigen Assistenten für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung verlassen gewöhnlich, nachdem sie sich einigermassen in die betreffenden Rechtsgebiete eingearbeitet haben, nach zwei bis drei Jahren ihre Stelle. Bemühungen um eine Verbesserung der Fremdrechtsanwendung in der Schweiz müssten auch hier ansetzen. Nur so könnte ein Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis hergestellt werden.

Die Lehre erachtet im allgemeinen das Gutachten als das noch beste Mittel zur Feststellung ausländischen Rechts²⁵⁷. Sie verhehlt allerdings nicht, dass auch diesem Verfahren gegenüber Bedenken vorzubringen sind. Zwar weisen in den meisten Fällen die Gutachten der Forschungsinstitute ein hohes Niveau auf, und sie erstreben gründliche Abklärung der einschlägigen Rechtsfragen. Doch liegt die Ausarbeitung der Gutachten nicht immer bei erfahrenen Spezialisten. Diese überprüfen oft nur noch (aber immerhin!), was jüngere Mitarbeiter erstattet haben. Fehler sind bei dieser Sachlage nicht zu

treffen täglich rund 20 Anfragen in Fällen mit Auslandsberührung ein, häufig zusammen mit umfangreichen Aktendossiers. Die unterbreiteten Fälle stammen aus den verschiedensten Kreisen: von Gerichten, Zivilstandsbehörden, anderen öffentlichen Stellen, Anwälten, Privaten (insbesondere auch von Auslandschweizern). Die für Auskünfte und Gutachten in Rechnung gestellten Entschädigungen sind nach Auskunft von Herrn Dr. P. VOLKEN, Chef der Sektion für internationales Privatrecht, nicht kostendeckend.

- 256 Praktisch gleich ist die Situation in Oesterreich (das aber eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen vorsieht!).
- 257 Denkschrift zur Verbesserung 325; Neuhaus, Grundbegriffe 331; Kegel, Kolloquium Max-Planck-Institut 172 ("... denn es ist gründlich, beruht auf viel Erfahrung, ist schnell und billig."). Kritisch etwa Troller 839. - Zu Bedeutung und Problematik des Rechtsgutachtens im allgemeinen vgl. Georg Müller, Der Jurist als Experte - Ueberlegungen zu Funktion und Stellung des Rechtsgutachters, in: Schweiz. Juristen-Zeitung 75 (1979) 169 - 175.

vermeiden²⁵⁸. Für die Praxis ist im weiteren folgendes zu bedenken²⁵⁹: "Die Länge der Bearbeitungsfristen wird durch die zunehmende Ueberlastung der wissenschaftlichen Institute immer grösser und damit der praktische Wert der Gutachten immer problematischer." Am umstrittensten ist wohl die Frage, wieweit sich der Richter durch Abstützung auf ein Gutachten seiner Entscheidungskompetenz entledigt. Nicht zu bestreiten ist die Tatsache, dass der Richter in ein Abhängigkeitsverhältnis zum Sachverständigen gerät. Gutachten werden häufig tale quale übernommen, und nur selten sieht sich eine rechtsanwendende Person imstande, die Ergebnisse des Sachverständigen kritisch zu überprüfen. SIMITIS hat das wie folgt ausgedrückt²⁶⁰: "Was zunächst als schlichte Informationshilfe aussah, verwandelt sich auf diese Weise in die Entscheidungsgrundlage. Von einer eigenen Stellungnahme des Gerichtes kann unter diesen Umständen nicht mehr die Rede sein. Der Richter wiederholt nur die Schlüsse, die ihm bereits ausformuliert nahegelegt worden sind. Aus der bouche de la loi wird so die bouche du consulté." Dieses Problem erscheint um so ernsthafter, als der Gutachter wegen der konkreten Fragestellung - und den mitgelieferten Akten - in seine Stellungnahme auch Bewertungen einbringen kann (und sinnvollerweise muss). Obwohl der Problematik bewusst, hat JAYME sich der Behauptung von SIMITIS entgegengestellt und erklärt, es könne nicht von einer "'Preisgabe' der Entscheidungskompetenz des Richters²⁶¹" gesprochen werden. Zum einen sei das Gutachten nicht das einzige Mittel zur Feststellung fremden Rechts. Sodann würden Richter, Parteien und Gutachter zusammenarbeiten; der Entscheid (aber)

258 Selbst dem renommierten Max-Planck-Institut in Hamburg können Fehler unterlaufen; vgl. einen Fall in IPRspr. 1974 Nr. 1b (S. 13). - Dem hält Heldrich, Heimwärtsstreben 213 wohl mit Recht entgegen, dass der Ermittlung fremden Rechts sehr oft ein spekulatives Element innewohne: "Wollte man die Anwendung fremden Rechts auf diejenigen Fälle beschränken, in denen man sich auf dem festen Fundament einer eindeutigen Rechtslage bewegen kann, so würde die praktische Bedeutung des deutschen Kollisionsrechts drastisch reduziert."

259 Denkschrift zur Verbesserung 326.

260 Simitis, Informationskrise 285; vgl. dens., Entscheidungsfindung 10.

261 Jayme, Entscheidungsfindung 360. Zum Problem ferner Ferid, Misere 21; Flessner 550; G. Wiederkehr, Entscheidanmerkung in Revue critique de droit international privé 1978, 96 (bezogen auf das französische Recht).

liege letztlich in Händen des Gerichts. Nach dem Gesagten wird deutlich, dass "wünschbar" ein Richter mit kritischem Blick auch für fremde Rechte wäre. Dazu müssten ihm genügend Zeit und zusätzliche, eigene Informationsmittel für die Würdigung der Gutachten zur Verfügung stehen! - So bedeutungsvoll und unerlässlich Gutachten über ausländisches Recht sind, darf darob nicht vergessen werden, dass die Verantwortung für die Entscheidungsfindung auch in internationalen Fällen beim Richter liegt. Forschungsinstitute des In- und Auslandes können sie ihm nicht abnehmen²⁶².

Eine Spezialität des angloamerikanischen Zivilprozesses ist der sog. sachverständige Zeuge ("expert witness"). Anstatt dass der Sachverständige ein schriftliches Gutachten erstellt, hat er auf seiten einer Partei im Verfahren aufzutreten und sich dem Kreuzverhör zu stellen²⁶³. Dadurch sollen Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Prozesses auch beim Nachweis fremden Rechts gewahrt sein. Besondere Anforderungen wurden - und werden bis zu einem gewissen Grad noch heute - an die Person des sachverständigen Zeugen gerichtet. Beispielsweise musste in England der Zeuge bis vor kurzem ein im betreffenden fremden Recht erfahrener Praktiker sein. Heute, seit Einführung des Civil Evidence Act von 1972, genügt es, dass er das fremde Recht kennt - unabhängig von einer praktischen Tätigkeit im betreffenden Land²⁶⁴. Früh ist schon auf die Nachteile der Institution des sachverständigen Zeugen hingewiesen worden. Schwierigkeiten hat man bereits bei der Wahl eines geeigneten Sachverständigen. Sodann wird sich dieser in vielen Fällen nicht sachgerecht entfalten können, da er nur gestellte Fragen beantworten darf. Hinzu treten oft Sprachprobleme. Beim mündlichen Vortrag setzt man ferner nicht selten zu viele Kenntnisse der Zuhörer über das

262 Aufstellungen von wichtigen Instituten finden sich bei Raape/Sturm 89 ff u. Siehr, Special Courts 670 Anm. 36. Die bundesdeutschen Institute für ausländisches und Internationales Privatrecht veröffentlichen jährlich einen Teil ihrer Gutachten, vgl. bei Anm. 233 hievor.

263 Dicey/Morris 1127; Ehrenzweig, Private International Law 191; Kegel, Kolloquium Max-Planck-Institut 169; mit einem anschaulichen Fall aus eigener Erfahrung R. David, Application en Angleterre 97 ff, 102 ff.

264 Cheshire/North 129; Cohn 160.

fremde Recht voraus²⁶⁵. Das hat dazu geführt, dass heute vermehrt - vor allem in den USA - auf Gutachten abgestellt wird. Obsolet geworden ist der "expert witness" aber noch nicht.

IV. Rechtspolitische Erwägungen zur Gerichtsorganisation in internationalen Rechtsfällen

Verbesserungen auf dem Gebiet der Fremdrechtsanwendung - und hier bei der Ermittlung im speziellen - sind nicht nur im Bereich der Dokumentation vorzunehmen. Auch durch gerichtsorganisatorische Massnahmen kann und soll das Niveau der Fremdrechtsanwendung gesteigert werden. Hiezu stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, die teilweise - etwa in der Bundesrepublik Deutschland - auch schon erprobt wurden²⁶⁶.

Fälle mit internationalen Sachverhalten könnten einmal an Spezialgerichte gewiesen werden. Diese Möglichkeit ist für Italien schon im letzten Jahrhundert erörtert worden, aus rechtlichen und praktischen Gründen indessen verworfen worden²⁶⁷. Die Lösung würde vorsehen, alle IPR-Fälle bei einem oder mehreren überregionalen Spezialgerichten zusammenzuziehen. Dem stünde de lege lata jedoch die Schutzbestimmung des verfassungsmässigen oder gesetzlichen Richters - BV 58 u. 59 für die Schweiz - entgegen²⁶⁸. Bereits aus föderalistischen Gründen hätten solche Spezialgerichte, losgelöst von den Kantonsgrenzen, in der Schweiz auch künftig keine Chance, verwirklicht zu werden.

Im weiteren ist denkbar, die örtliche und sachliche Zuständigkeit - beispielsweise innerhalb eines Kantons - dahingehend abzuändern, dass Fälle

265 Vgl. u.a. Nussbaum, Grundzüge 242 f; Kegel, Organisation 464 u. 467.

266 Vgl. die grundlegenden Abhandlungen von Siehr, Special Courts (1977) 663 ff und von Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung (1973) 668 ff.

267 Denkschrift zur Verbesserung 327 (ebenso Neuhaus, Grundbegriffe 327).

268 Dazu Siehr, Special Courts 672.

mit Auslandsberührung bei einem grösseren Gericht konzentriert würden. In der Bundesrepublik Deutschland ist das für einzelne Rechtsmaterien (z.B. Personenstandswesen) schon geschehen²⁶⁹. Der Vorteil einer solchen Lösung liegt einmal in der Anschaffungspolitik für literarische Hilfsmittel: Es können mehr und verschiedenere Werke gekauft werden. Sodann ergibt sich für die betreffenden Richter bei der Zunahme einschlägiger Fälle eine grössere Vertrautheit im Umgang mit fremden Rechten²⁷⁰. Problematisch mag allenfalls sein, im Unterschied zu internrechtlichen Fällen - etwa auf dem Gebiet des Familienrechts - weniger Gerichtszuständigkeiten in örtlicher Hinsicht zur Verfügung zu stellen. Bezogen auf die Grösse der schweizerischen Kantone ist dieses Argument jedoch nicht sehr stichhaltig. Ob beispielsweise ein ausländischer Gastarbeiter in Zürich statt in Horgen oder in Lausanne statt in Morges zu klagen hätte, dürfte keine Rolle spielen. Wichtig ist dem Rechtsuchenden die Kompetenz des Gerichts; auch könnte er so vom Nachweis des fremden Rechts entlastet werden. Die hier genannte Konzentrierung - innerhalb eines Kantons - ist durchaus bedenkenswert^{270a}.

- 269 Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung 668 f; Neuhaus, Grundbegriffe 327 f. - In ihrem Reformentwurf zum deutschen IPR schlagen NEUHAUS / KROPHOLLER folgende allgemeine Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes vor (vgl. Reform des deutschen IPR 144):

"§ 16a. - Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung einem Gericht für die Bezirke mehrerer gleichgeordneter Gerichte die Verfahren zuzuweisen, in denen die Anwendung von Internationalem Privat- oder Verfahrensrecht, von fremdem Recht oder von Einheitsrecht in Betracht kommt. Die Landesregierungen können die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen."

- 270 Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe 328.

- 270a Solche Konzentrierungen sind schon de lege lata im Bereich des Immaterialgüterrechts bekannt. Beispielsweise lautet Art. 76 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Erfindungspatente: "Die Kantone bezeichnen für die in diesem Gesetz vorgesehenen Zivilklagen eine Gerichtsstelle, welche für das ganze Kantonsgebiet als einzige kantonale Instanz entscheidet." Zu vergleichbaren Regelungen in der BRD siehe Dieter Stauder, Die Anwendung des EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens auf Klagen im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil 1976, 465 ff (469).

Verbesserungen der Fremdrechtsanwendung sind ferner im Bereich der gerichtlichen Geschäftsverteilung möglich. Hier erfolgt die Konzentrierung innerhalb eines Gerichts bei bestimmten Kammern, Senaten und Richtern²⁷¹. Hervorragendes Beispiel ist das Hamburger Modell²⁷². Bis vor kurzem sind am Landgericht Hamburg bei dessen 5. Zivilkammer alle Ehesachen, in denen eine der Parteien nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besass, konzentriert worden. Dazu kamen jene Fälle, in denen deutsches Kollisionsrecht und ausländisches oder EG-Recht zur Anwendung gelangte (eine Ausnahme wurde für Handelssachen gemacht). Mehrere Hundert Fälle pro Jahr beschäftigten die Sonderkammer. Dem Hamburger Modell wird fast durchwegs grosse Anerkennung zuteil. Fruchtbar für dieses war vor allem die örtliche und personelle Verbundenheit mit dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, dessen Mitglied Professor Gerhard LUTHER der Sonderkammer vorstand. Seit der Reform des deutschen Ehe- und Familienrechts von 1976 bestehen mit Wirkung ab 1. Juli 1977 besondere Familiengerichte, an die nun alle Ehesachen zu bringen sind. Dadurch wird der 5. Zivilkammer des Hamburger Landgerichts eine grosse Anzahl von Fällen entzogen; im übrigen wird sie ihre Tätigkeit aber fortführen²⁷³. Auch wurde das Modell bereits auf der Ebene der Familiengerichte (Spezialabteilungen der Amtsgerichte) nachgeahmt²⁷³. - Was können solche Modelle und Vorschläge für die Schweiz bedeuten? Mit Bezug auf grössere Gerichte - beispielsweise in Stadtbezirken wie Zürich, Genf, Basel u.a. - müsste eine solche Konzentrierung bei einzelnen Kammern erwogen werden. Zur Zeit bestehen an schweizerischen Gerichten keine Spezialabteilungen für Fälle mit Auslandsberührung. Solche Abteilungen dürften auch kaum viele Anhänger finden, zumal das Spezialrichtertum in der Schweiz nicht sonderlich gefragt ist. Letzteres Argument wäre indessen nicht stichhaltig, hätten die betreffenden Richter doch weiterhin mit Fragen aus den verschiedensten Rechts-

271 Dazu Ferid, *Misere* 12; Siehr, *Special Courts* 672; Neuhaus, *Grundbegriffe* 328; Wassermann 6 f. - Kritisch zu solcher und anderer Konzentrierung von IPR-Fällen Simitis, *Informationskrise* 285 u. Flessner 580 f.

272 Vgl. Siehr, *Special Courts* 673 ff sowie Luther, *Kollisions- und Fremdrechtsanwendung* 669 f.

273 Siehr, *Special Courts* 678.

gebieten zu tun. Diese würden allerdings nicht nur gelegentlich, sondern mehrheitlich das Ausland berühren! Für kleinere Gerichte - insbesondere der ersten Instanz - ist eine solche Konzentrierung von IPR-Fällen kaum denkbar.

§ 3 Nichtfeststellung des fremden Rechts

I. Anforderungen an die Feststellung des Inhalts fremden Rechts

1. Grundsatz

In einem Urteil vom 29. Mai 1978²⁷⁴ hat das Kantonsgericht Graubünden zu einem Fall, für den spanisches Recht als anwendbar erklärt wurde, folgendes ausgeführt:

"Es entspricht geltender Rechtsauffassung, dass die Parteien den Inhalt des ausländischen Rechtes nachweisen müssen ... Da es im vorliegenden Fall an einem genügenden Nachweis des einschlägigen ausländischen Rechtes fehlt (es wurden lediglich Gesetzestexte und einige Ausschnitte aus spanischen Kommentaren, alles in spanischer Sprache, zu den Akten gegeben), ... ist, als Ersatzrecht für die nicht nachgewiesenen spanischen Rechtssätze, schweizerisches Recht anzuwenden."

Dieses Zitat soll auf anschauliche Weise die Problematik dartun, die sich im Hinblick auf eine rechtsgenügsame Fremdrechtsermittlung einstellt. Das ist vor allem der Fall bei Rechtsordnungen, die einen Nachweis durch die Parteien verlangen. Aber auch dort, wo fremdes Recht von Amtes wegen ermittelt wird, zeigt sich die Problematik mit Bezug auf den Umfang der amtswegigen Ermittlungstätigkeit. Die Frage der Nichtermittlung fremden Rechts lässt sich so als die Frage nach den Anforderungen an eine hinreichende Ermittlung formulieren.

Eines muss vorgängig noch klargestellt werden: Ist es bisweilen auch sehr schwierig und mit viel Aufwand verbunden, den Inhalt fremden Rechts

274 Nicht publiziert.

festzustellen - unmöglich ist das nur in Ausnahmefällen²⁷⁵. Dies kann vorkommen, wenn entlegene und wenig erschlossene Rechte zur Anwendung berufen sind. So hatte ein deutsches Amtsgericht für die Legitimation eines unehelichen Kindes auf afghanisches Recht abzustellen. Erkenntnisse hierüber waren jedoch nicht zu erlangen; auch das Max-Planck-Institut in Hamburg vermochte kein ausreichendes Material zu beschaffen²⁷⁶. Im übrigen kann sich als Ermittlungsergebnis herausstellen, dass für die konkrete Rechtsfrage in der betreffenden Rechtsordnung keine Norm existiert, auch nicht eine durch die Rechtsprechung geschaffene. Hier ergeben sich dann Probleme der Lückenfüllung. Nicht zutreffend wäre es jedoch, in einem solchen Fall von unmöglicher oder fehlgeschlagener Ermittlung zu sprechen²⁷⁷.

Ist ausländisches Recht zu ermitteln, soll der "wirkliche Inhalt"²⁷⁸ desselben festgestellt werden - was immer das im einzelnen heissen mag²⁷⁹. Der Richter - oder der rechtsanwendende Verwaltungsbeamte - hat sich vom Inhalt des fremden Rechts zu überzeugen. In Rechtsordnungen, wo ausländisches Recht durch die Parteien nachzuweisen ist, gilt zumeist das Prinzip der freien Beweiswürdigung²⁸⁰. So grundsätzlich auch in der Schweiz. Allerdings sprechen sich die kantonalen Prozessrechte nur vereinzelt über die Anforderungen an den Nachweis fremder Rechte aus. Beispielsweise verlangt die ZPO von St. Gallen in Art. 177, dass das fremde Recht "überzeugend nachgewiesen wird". Die ZPO von Appenzell A.Rh. spricht in Art. 106 von

275 Kegel, Organisation 455; Simitis, Entscheidungsfindung 8 (insbes. Anm. 18); Kötz, Allgemeine Rechtsgrundsätze 664; siehe auch Louis-Lucas 419 ff. In seiner Vernehmlassung zum schweiz. Entwurf eines IPR-Gesetzes schreibt der Regierungsrat des Kantons Zürich (Sitzungsprotokoll v. 16.5.1979 S. 4): "Dass fremdes Recht nicht feststellbar sei (Abs. 3), könnte wohl nur in Ausnahmefällen gesagt werden..."

276 Vgl. den Fall in IPRspr. 1968/69 Nr. 153. (S. 384 f). Zum berühmten Fall mit dem anwendbaren Wechselrecht Afghanistans u.a. Ferid, Internationales Privatrecht 105.

277 Vgl. Simitis a.a.O. (Anm. 275).

278 Kegel, Kolloquium Max-Planck-Institut 173.

279 Siehe dazu ausführlich im 3. Abschnitt hinten.

280 Rechtsvergleichend Brauksiepe 70 ff.

einem "einwandfreien" Nachweis. Gelegentlich finden sich Ausführungen in kantonalen Entscheiden, die jedoch kaum über eine lapidare Erklärung zu ungenügenden Nachweisen hinauskommen²⁸¹. So dürfte man de lege lata zu einer analogen Anwendung der kantonalrechtlichen Bestimmungen über die (freie) Würdigung von Tatsachenbeweisen gehalten sein. Danach ist der Beweis erbracht, "wenn das Beweisverfahren nach den Erfahrungen des Lebens, wozu auch psychologische Erkenntnisse gehören, die richterliche Ueberzeugung begründet, die mehr verlangt als blosser Wahrscheinlichkeit, sondern jeden erheblichen Zweifel ausschliesst"²⁸². Dem ist für die Fremdrechtsanwendung insoweit zuzustimmen, als ein Nachweis des nur "wahrscheinlichen" Inhaltes oder der nur "wahrscheinlichen" Geltung fremden Rechts nicht genügt! Immerhin kann gerade bei der Fremdrechtsmittlung auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen nicht ganz verzichtet werden²⁸³. Das gilt in besonderem Masse eben dort, wo ausländisches Recht nachzuweisen ist. Hier wird der Richter in vielen Fällen nichts anderes tun können (oder wollen), als die Nachweise entgegenzunehmen und deren Uebereinstimmung mit dem tatsächlichen Inhalt des fremden Rechts zu vermuten. Nur selten werden ihm "erhebliche Zweifel"²⁸⁴ kommen. Gerade dieser Aspekt zeigt erneut, wie hier die Rechtsanwendung in die Hände der Parteien gelegt ist, die ihre Nachweise gegenseitig zu kontrollieren haben. - Richtlinien für die Ueberprüfung der Ermittlung lassen sich kaum geben; sie ist in jedem einzelnen Fall in das pflichtgemässe Ermessen des Richters gestellt. Nicht verschwiegen sei, dass dieses bisweilen vom Wunsch beeinflusst wird, durch

281 Vgl. etwa Journal des tribunaux 122 (1974-III) 117; Rechenschaftsbericht des thurgauischen Obergerichts v. 1972, 71 sowie das hievorige angeführte Urteil des Kantonsgerichts Graubünden (bei Anm. 274).

282 Sträuli/Messmer N 5 zu § 148. Zur Beweiswürdigung auch Guldener 321 ff.

283 Kegel, Kolloquium Max-Planck-Institut 175 f; ders. in Soergel/Siebert N 117 vor Art. 7 (hier z.T. mit problematischen Ausführungen). - Finden in einem Land politische Umwälzungen statt, kommt eine Ermittlung selten ohne Hypothesen aus: dazu Arno Wohlgenuth, Kambodschanisches Kindschaftsrecht vor deutschen Gerichten heute - Probleme bei brachliegender Zivilrechtspflege im Ausland, in: Das Ständesamt 34 (1981) 41 - 50 (42 ff). Vgl. ausführlicher 3. Abschnitt § 1 I. 1. b.

284 Vgl. hievorige bei Anm. 282.

voreiliges Abbrechen der Ermittlung zur Anwendung der *lex fori* zu gelangen²⁸⁵.

Damit stellt sich im weiteren die Frage nach dem Zeitpunkt einer gehörigen Ermittlung. D.h. wie lange und bis wann sollen Nachforschungen über das fremde Recht betrieben werden, und bis zu welchem Zeitpunkt müssen die Nachweise der Parteien vorliegen²⁸⁶? Die einzelnen Bestimmungen über die Fremdrechtsanwendung sagen zu diesem Punkt meistens nichts. Immerhin gibt es Ausnahmen. So bestimmt Art. 235 Abs. 2 der ZPO des Kantons Glarus (v. 2. Mai 1965): "... Lässt sich das ausländische Recht innert nützlicher Frist nicht ermitteln, so urteilt der Richter in der Regel nach hiesigem Recht." Und in seinem Grundsatzentscheid von 1960 hat das Obergericht des Kantons Luzern ausgeführt: "Nur soweit sich der Richter innert angemessener Frist keine hinreichende Kenntnis des fremden Rechtes verschaffen kann, darf schweizerisches Recht ... als Ersatzrecht zum Zuge kommen."²⁸⁷ Eine fast gleich lautende Vorschrift enthält das neue IPR-Gesetz von Oesterreich in § 4 Abs. 2: "Kann das fremde Recht trotz eingehendem Bemühen innerhalb angemessener Frist nicht ermittelt werden, so ist das österreichische Recht anzuwenden." Diese Regelungen wollen lediglich einen Rahmen setzen, innerhalb dessen die Dauer der Ermittlung höchstens liegen soll. Zu vermeiden sind extrem zeitraubende Nachforschungen. DUCHEK / SCHWIND in ihrem Kommentar zum österreichischen IPR-Gesetz²⁸⁸: "Wie lange das im einzelnen Fall ist, wird von den Umständen abhängen, in der Regel wird die Zeit jedenfalls nicht zu kurz bemessen

285 Diesbezügliche Entscheide aus jüngerer Zeit vgl. für die BRD bei Dilger 37 u. Heldrich, Heimwärtsstreben 211 ff.

286 Von dieser Frage ist zu unterscheiden der Zeitpunkt, bis zu dem die Anwendbarkeit eines fremden Rechts behauptet werden muss; siehe dazu Brauksiepe 58 ff. Für die Schweiz ergeben sich hier keine besonderen Probleme, da die kollisionsrechtliche Frage auf Grund der im Verfahren vorgebrachten Tatsachen von Amtes wegen gestellt und beantwortet werden muss (vgl. vorne bei Anm. 23 ff).

287 Vgl. bei Anm. 188.

288 S. 17 N 5) zu § 4). Kritisch gegenüber der österreichischen Norm Mähhardt 64, der hierin eine versteckte Möglichkeit zum Heimwärtsstreben sieht. - Zur Frage des Ermittlungsaufwandes auch Lalive, Tencandances et méthodes 229.

werden dürfen." In Rechtsordnungen, die den Nachweis durch die Parteien vorschreiben, werden im übrigen die Bestimmungen zum Beweisverfahren analog angewendet. Dies kann indessen zu Unzulänglichkeiten führen, insbesondere wenn nach Abnahme der Beweise neue Erkenntnisse zum fremden Recht nicht mehr vorgebracht werden dürfen. Solchen Missständen ist durch modifizierte Handhabung des Beweisverfahrensrechts Abhilfe zu schaffen²⁸⁹. Holt der Richter zusätzlich zu den Parteinachweisen weitere Auskünfte über das fremde Recht ein, sollte er den Parteien nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen. - Bisweilen ergibt sich die Frage, wieweit neue Vorbringen zum ausländischen Recht noch in der Berufungsinstanz zu hören sind. Solche Nachweise sind in jedem Fall dort zulässig, wo das Novenrecht verwirklicht ist, d.h. wo in Berufung und Anschlussberufung neue Tatsachenbehauptungen erhoben und neue Beweismittel bezeichnet werden können²⁹⁰. Aber auch sonst darf die Tatsachenkonzeption des fremden Rechts die Berücksichtigung neuer Erkenntnisse zum ausländischen Recht in der Berufungsinstanz nicht ausschliessen. Gerade anders hat das Kantonsgericht von Waadt in einem neueren Urteil entschieden²⁹¹. Es führte aus, die von NAG 7h Abs. 1 geforderten Nachweise müssten in erster Instanz erbracht sein, und neue Bescheinigungen könnten in zweiter Instanz nicht mehr beachtet werden. Diese "Folgerung" aus dem Faktizitätsprinzip geht wohl zu weit²⁹², auch wenn die Besonderheiten von NAG 7h nicht unberücksichtigt bleiben^{292a}.

289 Keine Probleme stellen sich dort, wo Beweisrechte im Hinblick auf solche Fälle flexibel sind - wie beispielsweise die zürcherische ZPO v. 13.6.1976. Diese erlaubt in § 138 (i.V.m. § 115) eine sog. nachträgliche Beweisantretung (dazu u.a. Sträuli/Messmer N 3 zu § 138) und in § 143 eine Aenderung von Beweisbeschlüssen.

290 Vgl. z.B. § 267 der ZPO von Zürich sowie Sträuli/Messmer N 3 zu § 267 ("Insbesondere kann geltend gemacht werden, dass das Urteil nur deshalb unrichtig sei, weil sich die Rechtslage seit Erlass des erstinstanzlichen Urteils geändert hat...").

291 Entscheid v. 6.3.1978, nicht publiziert.

292 So auch Riezler 498.

292a Anders als das Kantonsgericht von Waadt - und damit der hier vertretenen Ansicht folgend - hat der Bernische Appellationshof am 14.3.1978 entschieden: Die Vorinstanz erachtete den Nachweis der Anerkennung des Scheidungsurteils im Heimatstaat nach NAG 7h als nicht erbracht und "wies" die Scheidungsklage "zurück". Auf Grund eines weiteren

Erachtet der Richter die von den Parteien beigebrachten Nachweise zum ausländischen Recht als ungenügend oder zweifelhaft, kann sich das Problem der richterlichen Fragepflicht stellen. Wird fremdes Recht im Verfahren den Tatsachen mehr oder weniger gleichgestellt, mag es durchaus sinnvoll sein, die Parteien vor einer überraschenden Beweiswürdigung zu schützen. Hierbei kann die aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs fließende Fragepflicht des Richters²⁹³ Platz greifen. Nicht nur bei der Bezeichnung von Nachweismitteln, sondern auch bei Abnahme der Nachweise soll der Richter den Parteien mit Fragen und Hinweisen beistehen (können). Ermittelt ein Gericht von sich aus fremdes Recht - sei das freiwillig oder auf Grund einer Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen -, sollte es in jedem Fall die Parteien um ihre Stellungnahme zum Ermittlungsergebnis befragen müssen²⁹⁴. Eine solche Pflicht ist aber nur teilweise gegeben²⁹⁵.

2. Summarische Feststellung des fremden Rechts

In dringlichen Rechtsfällen kann es einer sachgerechten Lösung widersprechen, das anwendbare ausländische Recht umfassend ermitteln zu wollen. Wenn vorsorgliche Massnahmen zu treffen sind, darf von den Parteien kein strikter Nachweis des fremden Rechts verlangt werden. In Rechtsordnungen, die eine Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen kennen, genügt diesfalls für eine ausreichende Ermittlung die Beschränkung auf präsente, allenfalls

Gutachtens, das im Hinblick auf die Berufung eingeholt wurde und welches neueste Urteile des ausländischen obersten Gerichts verwerten konnte, war der Nachweis der Anerkennung ohne weiteres zu erbringen. Der Appellationshof gab der Klage statt und wies die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurück. (Vgl. den Entscheid in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 115 (1979) 484 - 487.)

293 Vgl. z.B. ZPO von Zürich in § 55.

294 Schlesinger, Recurrent Problem 24.

295 Für Frankreich siehe P. Courbe, Entscheidanmerkung in Revue critique de droit international privé 1979, 777; zum Problem auch deutscher BGH in IPRspr. 1975 Nr. 3 (S. 5).

erreichbare Erkenntnisquellen²⁹⁶. Wo fremdes Recht nachzuweisen ist, muss die Glaubhaftmachung des Inhaltes des betreffenden Rechts ausreichen²⁹⁷. In besonders dringlichen Fällen wird sich häufig die Anwendung der lex fori als Ersatzrecht aufdrängen, wenn das zuständige fremde Recht nicht sofort feststellbar ist. Das Interesse an einem unverzüglichen Sachentscheid tritt hier vor das Interesse an der Anwendung eines bestimmten fremden Rechts²⁹⁸.

Ermittlungsprobleme im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen können dadurch umgangen werden, dass man ausländische Massnahmen im Inland grosszügig anerkennt. Diesem Umstand trägt das Vollstreckungsrecht in zunehmendem Masse Rechnung. Nicht anerkennungsfreudig zeigt sich indessen der schweizerische IPR-Entwurf, wenigstens nach dem Verständnis der Expertenkommission^{298a}.

II. Folgen der Nichtfeststellung des fremden Rechts

Es kommt immer wieder vor, dass das zur Anwendung berufene ausländische Recht nicht ermittelt wird. Sei es, weil die Parteien erforderliche Nachweise nicht liefern; sei es, dass die Feststellung des Inhalts fremden

296 Für die BRD: Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung 675; Küppers 489 f; D. Franz, Entscheidenmerkung in Neue Juristische Wochenschrift 1969, 1539 f. Für Oesterreich und allgemein: Mänhardt 65.

297 Kegel in Soergel/Siebert N 92a vor Art. 7; Brauksiepe 93. - Zu den Eigenheiten des vorsorglichen Rechtsschutzes, vor allem im schweizerischen Recht, jetzt auch O. Vogel, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: Schweiz. Juristen-Zeitung 76 (1980) 89 - 100 (insbes. 96 f).

298 Duchek/Schwind N 5) zu § 4 (S. 17); Müller, Kolloquium Max-Planck-Institut 71; Heldrich, Heimwärtsstreben 217; Zajtay, Application of Foreign Law 26. - Zur lex fori als Ersatzrecht siehe ausführlich II.2.c. hienach.

298a Vgl. Schlussbericht 86 i.V.m. Art. 11 und 23 lit.b. des Entwurfs. Art. 23 lit. b. liesse allerdings Raum für eine Auslegung im Sinne der Anerkennung.

Rechts für den Richter unmöglich ist oder zu aufwendig erscheint. Gleichwohl muss der konkrete Rechtsfall entschieden werden. Dazu bieten sich verschiedene Möglichkeiten an²⁹⁹.

1. Abweisung der Klage und anderer Begehren

Wo fremdes Recht im Verfahren wie eine Tatsache zu beweisen ist (Faktizitätsprinzip), wäre die Klageabweisung an sich die logische Folge, wenn das einem Anspruch zugrunde liegende Recht nicht nachgewiesen wird. Ebenso könnten Einreden bei nicht nachgewiesener Grundlage des vorgebrachten subjektiven Rechts nicht gehört werden. Zum vornherein ausser Betracht fällt eine solche Lösung dort, wo ausländisches Recht als Recht von Amtes wegen anzuwenden ist³⁰⁰.

Bis in die jüngste Vergangenheit haben Gerichte in den USA bei nicht ermitteltem ausländischen Recht verfahren, wie wenn rechtserhebliche Tatsachen nicht bewiesen werden - sie haben die Klage abgewiesen³⁰¹. Diese Praxis konnte sich auf namhafte Stimmen in der Lehre abstützen, die vom Faktizitätsprinzip her die rigorose "Folgerung" der Klageabweisung gezogen haben. In erster Linie ist hier ZITELMANN zu nennen, der sich vehement für diese Lösung einsetzte³⁰²: "Entweder der Richter gelangt zu der Ueber-

299 Von der hier zu behandelnden Frage sind zu unterscheiden die nicht feststellbaren Anknüpfungstatsachen im Bereich der kollisionsrechtlichen Bestimmung des zuständigen Rechts. Ist bei einer Anknüpfung an das Heimatrecht nicht bekannt, welchem Staat eine Person angehört, so ist eine Ersatzanknüpfung vorzunehmen, beispielsweise an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts. Zu diesen Fragen vgl. Kegel, Kolloquium Max-Planck-Institut 174 f u. 183; ders., Internationales Privatrecht 182; ders. in Soergel/Siebert N 114 ff vor Art. 7 sowie Batiffol/Lagarde 436 ff.

300 Kötz, Allgemeine Rechtsgrundsätze 668; Riezler 497.

301 Heute wird grundsätzlich die lex fori als Ersatzrecht angewendet; zu den USA vgl. Kötz, Allgemeine Rechtsgrundsätze 665 f; Kahn-Freund, General Problems 424; Schlesinger, Behandlung des Fremdrechts 67.

302 Zitelmann 289.

zeugung - aus welchen Gründen, ist gleichgültig -, dass das fremde Recht ... mit dem eignen übereinstimme: ... der Richter kennt dann eben das fremde Recht; oder er gelangt zu dieser Ueberzeugung nicht: dann würde er durch Anwendung des eignen Rechts der Anwendungsnorm seines Staats, welche ihm Anwendung des fremden Rechts befiehlt, direkt entgegenhandeln. Es bleibt hier nach geltendem Recht nichts anderes übrig, als dass so verfahren wird, wie wenn die Partei eine von ihr behauptete Angriffs- oder Schutzthatsache nicht bewiesen hätte: der Kläger wird mit seiner Klage abgewiesen, und analog steht es mit einer Einrede des Beklagten." Im seither erschienenen Schrifttum ist diese Lösung fast einhellig abgelehnt worden. Auch in praxi wird sie, von besonderen Ausnahmen abgesehen, nicht mehr vertreten. Hiefür wurden vor allem Billigkeitsgründe geltend gemacht. In der Tat würde es auf eine Rechtsverweigerung hinauslaufen, ginge man bei nicht erbrachtem Nachweis vom Fehlen einer jeglichen Rechtsgrundlage aus³⁰³. Etwas emphatisch hat das BGr. ausgeführt³⁰⁴: "Denn die Klageabweisung mangels Feststellung des Inhalts des massgebenden ausländischen Rechts würde der höchsten Aufgabe des Rechts und der Rechtspflege, die zutreffende Sachentscheidung herbeizuführen, nicht gerecht." Zwar kann bei Nichtermittlung des zuständigen fremden Rechts die nach dem einheimischen Kollisionsrecht "zutreffende" Sachentscheidung nicht mehr herbeigeführt werden! Doch sind nun diesfalls die Kollisionsnormen der *lex fori* dahingehend auszulegen, dass sie gleichwohl die Anwendung eines Sachrechts wünschen³⁰⁵. Nur hat man sich mit einem Recht zu begnügen, mit dem der Sachverhalt einen weniger engen Zusammenhang aufweist. Eine Klageabweisung will das Kollisionsrecht nur in Ausnahmefällen³⁰⁶.

303 So u.a. Zajtay, Grundfragen der Anwendung 276. Anderer Meinung ist Kralik, *Iura novit curia* 94, indem er vorbringt, es komme in jedem Fall zu einer Entscheidung.

304 BGE 92 II 111 (117).

305 Cappelletti, Kolloquium Max-Planck-Institut 44 f.

306 Gegen die Klageabweisung sind u.a. Zajtay a.a.O (Anm. 303); Ferid, *Internationales Privatrecht* 106; Lalive, *Tendances et méthodes* 243; Bellet, *Entscheidenmerkung in Revue critique de droit international privé* 1965, 134 f; Bosshard 93 ff; Louis-Lucas 435. - In der neueren Literatur für eine solche Lösung Kralik, *Iura novit curia* 93 f.

Bisweilen verlangt eine Kollisionsnorm für den Fall, dass bestimmte Nachweise nicht erbracht werden, die Abweisung der Klage. Wichtiges Beispiel hierfür ist NAG 7h Abs. 1, wo das Anbringen der Scheidungsklage am schweizerischen Wohnsitz des ausländischen Ehegatten nur zugelassen wird, wenn der Kläger "nachweist, dass nach Gesetz oder Gerichtsgebrauch seiner Heimat der geltend gemachte Scheidungsgrund zugelassen und der schweizerische Gerichtsstand anerkannt ist." Werden diese Nachweise nicht erbracht, ist die Klage abzuweisen, und es bleibt kein Platz für die Anwendung eines Ersatzrechts³⁰⁷. In solchen Fällen mangelt es gleichsam an einer besonderen Sachurteilsvoraussetzung. Wegen fehlender Nachweise wird die Klage nicht weiter behandelt, so dass materiell kein Sachrecht zur Anwendung gelangt. Gleichwohl ergeht ein Sachurteil, indem die Klage abgewiesen wird. Voraussetzung für eine Abweisung sollte freilich sein, dass diese Rechtsfolge durch ausdrückliche Bestimmung der Kollisionsnorm - oder allenfalls durch eindeutige Auslegung - statuiert wird. Das dürfte nur in wenigen Fällen zutreffen. Im übrigen lässt sich eine solche Lösung nicht generalisieren. Demgegenüber wird in der französischen Lehre und Rechtsprechung versucht, eine Regelung zu finden, die die Abweisung - von besonderen Fällen abgesehen - sanktioniert. Beispielsweise verlangt LAGARDE eine Abweisung immer dann, wenn es "möglich" wäre, das fremde Recht nachzuweisen^{307a}. Die Beurteilung, ob es möglich (und damit für den Betroffenen zumutbar) ist, ausländisches Recht zu ermitteln, möchte LAGARDE dem Gericht überlassen. Das erscheint deshalb illusorisch, weil der nicht zur Ermittlung verpflichtete Richter hierfür überhaupt nicht kompetent ist. Soll der rechtsanwendenden Behörde diese Aufgabe obliegen, kann sie auch zur Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen verpflichtet werden. Die Nachteile der Anwendung eines Ersatzrechts sind nun einmal dort hinzunehmen, wo die Parteien das ausländische Recht nachweisen müssen und ein solcher Nachweis unterbleibt. In vielen Fällen ist die Berufung eines Ersatzrechts weniger unbillig als die Abweisung der Klage.

307 BGE 92 II 111 (116 f); weitere Beispiele siehe bei Nussbaum, Grundzüge 252. Durch jüngste Entscheidungen der Cour de cassation (v. 28. April und 22. Oktober 1980) ist in Frankreich eine erneute Diskussion darüber ausgebrochen, ob und in welchen Fällen anstelle der Anwendung eines Ersatzrechts die Klage bei Nichterbringen der Nachweise abgewiesen werden soll: vgl. die Entscheide sowie eine ausführliche Anmerkung dazu von P. Lagarde in *Revue critique de droit international privé* 1981, 94 - 101 (insbes. 99 f).

307a Lagarde a.a.O. (Anm. 307).

2. Anwendung eines Ersatzrechts

a. Bedeutung des Ersatzrechts

Um bei Nichtfeststellung des an sich zuständigen fremden Rechts die Klage nicht abweisen zu müssen, ist "hilfsweise" ein anderes Sachrecht beizuziehen. Man spricht dabei von der Anwendung eines Ersatzrechts³⁰⁸. Als Ersatzrecht bieten sich mehrere Lösungen an. Es lässt sich nicht generell sagen, welche Lösung den Vorzug verdient. Bisweilen mag es sinnvoll sein, die *lex fori* anzuwenden, in einem andern Fall sollte auf sie verzichtet werden. Dann drängt sich allenfalls die Anwendung eines verwandten Rechts auf, beispielsweise wenn es um verwandte Rechtsordnungen aus einem fremden Rechtskreis geht³⁰⁹.

Dem Ersatzrecht kommt innerhalb der Fremdrechtsanwendung grosse Bedeutung zu. Das gilt vor allem dort, wo ausländisches Recht von den Parteien nachzuweisen ist. Diese scheuen nicht selten die Mühe, das fremde Recht zu ermitteln, und geben sich mit der Anwendung der *lex fori* zufrieden. Auch wird der Richter bisweilen einen Nachweis als gescheitert erachten, um seine vertraute *lex fori* beiziehen zu können. Wo Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen vorgesehen ist, werden Ermittlungen gelegentlich vorzeitig abgebrochen. Das alles führt - wie das "Heimwärtsstreben" bei der Anknüpfung - zu einer Relativierung des kollisionsrechtlichen Befehls. Dieses Vorgehen wird dann besonders gefördert, wenn allein die *lex fori* als Ersatzrecht zur Diskussion steht - wie das in den meisten kantonalen Zivilprozessrechten der Fall ist³¹⁰.

308 Auch in anderen Fällen muss manchmal zu einem Ersatzrecht gegriffen werden, etwa wenn das zuständige Recht zur Anwendung nicht geeignet ist oder gegen den *Ordre public* verstösst. Hierzu siehe hinten im 3. Abschnitt. Vgl. eine Aufstellung einzelner Fälle bei Neuhaus, Grundbegriffe 388 und bei Batiffol/Lagarde 436.

309 Vgl. Dölle, Anwendung fremden Rechts 60; Neuhaus, Grundbegriffe 393 f; Kegel, Kolloquium Max-Planck-Institut 176: "Eine Leiter allerdings (wie bei den Anknüpfungsmomenten) kann man nicht oder noch nicht aufstellen."

310 Den Zusammenhang von Ersatzrecht und kollisionsrechtlichem Befehl unterstreichen Kötz, Allgemeine Rechtsgrundsätze 664 f; Kralik, *Iura novit curia* 94 f; Jagmetti 252 f; La Pradelle, *Entscheidenmerkung in Revue critique de droit international privé* 1973, 508 f.

Die Anwendung des Ersatzrechts beruht auf einer Ersatzanknüpfung, wo anstelle des zuständigen fremden Rechts die integrale Anwendung einer andern Rechtsordnung erfolgt³¹¹. Das geschieht z.B., wenn der lex fori gegenüber einer "verstümmelten Anwendung"³¹¹ des an sich berufenen Rechts der Vorzug gegeben wird. Bisweilen vermag aber die ersatzweise Abstützung auf nur eine Rechtsordnung nicht zu befriedigen. In solchen Fällen ist dann nach einer anderen Lösung zu suchen (dazu im folgenden).

b. Verwandtes Recht

Der schweizerische Entwurf zu einem IPR-Gesetz bestimmt in Art. 15 Abs. 3:

"Ist der Inhalt des ausländischen Rechts nicht feststellbar, so berücksichtigt der Richter das nächstverwandte Recht. Bei Fehlen eines solchen wendet er schweizerisches Recht an."

Der Beizug des nächstverwandten Rechts als Ersatzrecht ist in der Lehre, vor allem in der bundesdeutschen, verschiedentlich gefordert worden - zum Teil ist diese Lösung in praxi auch verwirklicht³¹². Begründet wird dies vor allem mit dem Argument, die Anwendung eines verwandten Rechts komme der kollisionsrechtlichen Verweisung näher, als etwa das unmittelbare Zurückfallen auf die lex fori³¹³. Das kann in der Tat zutreffen, wenn für die Beantwortung der konkreten Frage auf eine Rechtsordnung aus dem gleichen Rechtskreis abgestellt wird. Bisweilen mag auch auf andernorts rezipierte Rechtssätze gegriffen werden³¹⁴. Gegen die Lösung des verwandten Rechts

311 Neuhaus, Grundbegriffe 391.

312 Vgl. Dölle, Anwendung fremden Rechts 60; Kegel in Soergel/Siebert N 117 vor Art. 7; Neuhaus, Kolloquium Max-Planck-Institut 192; Heldrich, Heimwärtsstreben 215 f. Ein anschaulicher Entscheid - Beizug eines verwandten religiösen Rechts - findet sich in IPRspr. 1970 Nr. 65 (S. 211 f).

313 U.a. Lalive, Tendances et méthodes 244.

314 Schlussbericht 62. Mit Beispielen Kegel a.a.O. (Anm. 312).

sind jedoch Einwände erhoben worden, die man nicht übersehen darf. Insbesondere wurde geltend gemacht, es bereite Schwierigkeiten, aus mehreren verwandten Rechtsordnungen die nächstverwandte zu wählen; sodann könnten verwandte Rechte gerade in Einzelfragen erheblich voneinander abweichen³¹⁵. Im weiteren ist vorgebracht worden, der mit solchen Problemen der Rechtsvergleichung befasste Richter sei überfordert - die direkte Anwendung der lex fori sei dem ungewissen Richterverhalten vorzuziehen³¹⁶. Zuzugeben ist, dass diese Variante des Ersatzrechts ein hohes Niveau und umfassende Kenntnisse im Umgang mit fremden Rechten verlangt. Der Richter oder Verwaltungsbeamte müsste diesfalls zumeist ein Gutachten anfordern. Das dürfte dort kaum durchsetzbar sein, wo eine Rechtsordnung auf dem Boden des Parteienachweises steht! - In den Vernehmlassungen zum Entwurf für ein schweizerisches IPR-Gesetz wird die vorgeschlagene Lösung des nächstverwandten Rechts durchwegs abgelehnt^{316a}. Fast alle publizierten Stellungnahmen äussern sich zu diesem Punkt und verlangen als Ersatzrecht das unmittelbare Zurückgreifen auf die lex fori. Aus der Sicht der Votanten erscheint das folgerichtig, da auch eine Ermittlung von Amtes wegen abgelehnt wird.

So umstritten³¹⁷ das verwandte Recht als Ersatzrecht ist, ein gewichtiges Argument für diese Lösung besteht: Sie kommt der kollisionsrechtlichen Verweisung auf ein bestimmtes fremdes Recht wohl am nächsten. Man könnte sagen: Je entlegener - der Sache nach - ein fremdes Recht ist bzw. erscheint, desto eher sollte ersatzweise ein verwandtes, wenn möglich das nächstverwandte Recht berücksichtigt werden.

315 Kötz, Allgemeine Rechtsgrundsätze 674; Kahn-Freund, General Problems 424 f; Zajtay, Grundfragen der Anwendung 276.

316 Zajtay, Beiträge zur Rechtsvergleichung 61; ders., Science et fictions 60; Brauksiepe 80; Bellet, Entscheidung in Revue critique de droit international privé 1965, 135.

316a Vernehmlassungen S. 54 ff.

317 Am internationalen Kolloquium über den schweizerischen Entwurf zu einem IPR-Gesetz standen sich Befürworter und Gegner des vorgeschlagenen Art. 15 Abs. 3 gegenüber. Vgl. Freiburger Kolloquium: zustimmend Siehr (S. 10), Broggini (S. 78), van Hecke (S. 5); kritisch Kahn-Freund (S. 10) u. Hoyer (S. 70; ders. auch in Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 35 (1979) 46).

c. Lex fori

Als Ersatzrecht wird weitaus am häufigsten die lex fori zur Anwendung gebracht. Die meisten Rechtsordnungen kennen sogar nur diese Lösung, wenn das fremde Recht nicht festgestellt wird³¹⁸. Zur Begründung werden vor allem Ueberlegungen praktischer Art vorgebracht. Sodann geht man ausdrücklich oder implizit vom Gedanken aus, dass der lex fori eine "compétence subsidiaire" bzw. "compétence générale" zukomme³¹⁹. Gewichtige Stimmen allerdings kritisieren die sofortige Anwendung der lex fori als Ersatzrecht. Sie erachten differenzierte Lösungen als dem Sinn der kollisionsrechtlichen Verweisung angepasster³²⁰. Solche Rufe vermögen indessen gegen die feste Verankerung der lex fori als Ersatzrecht in der Praxis kaum aufzukommen. Auch in der Schweiz ist faktisch nur diese Lösung verwirklicht. Die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen sehen ausdrücklich die ersatzweise Anwendung schweizerischen Rechts vor. Im übrigen hat sich diese Regelung in der Praxis ergeben. Sie ist vom Bundesgericht - von Spezialfällen wie NAG 7h Abs. 1 abgesehen - sanktioniert worden³²¹. Hinzuweisen ist immerhin auf Art. 235 Abs. 2 der ZPO von Glarus, wo bestimmt wird, dass der Richter bei

318 Frankreich: Zajtay, Kolloquium Max-Planck-Institut 21; Motulsky, Condition de la loi étrangère 691. Italien: Cappelletti, Kolloquium Max-Planck-Institut 41. Oesterreich: IPR-Gesetz § 4 Abs. 2. Bundesrepublik Deutschland: IPRspr. 1968/69 Nr. 153; Heldrich, Heimwärtsstreben 209 u. 215 ff (in der BRD wird jedoch nicht immer die lex fori als Ersatzrecht gewählt). Sozialistische Rechte osteuropäischer Staaten: Szászy 157; Schütze, Nachweis ausländischen Rechts 292 f; Lunz, Kolloquium Max-Planck-Institut 145; IPR-Gesetz Ungarns § 5 Abs. 3. USA: Schlesinger, Behandlung des Fremdrechts 66 f; ders., Recurrent Problem 10 u. 13. Weitere siehe Kolloquium Max-Planck-Institut passim.

319 Dazu insbesondere Louis-Lucas 409 ff u. 437 sowie Motulsky, Condition de la loi étrangère 691 und, im Anschluss an die französische Lehre, BGE 92 II 123. - Für einen Grossteil der Lehre drängt sich die lex fori geradezu auf: u.a. Kahn-Freund, General Problems 425 f; Bellet (mit Hinweisen), Entscheidungsmerkung in Revue critique de droit international privé 1965, 135 f; Schnitzer, Anwendung 97.

320 Neuhaus, Grundbegriffe 392; Kötz, Allgemeine Rechtsgrundsätze 669; Heldrich, Heimwärtsstreben 215 ff. Vgl. auch hievor im Rahmen von lit. b. (Verwandtes Recht).

321 Grundlegend BGE 92 II 111 (116 ff), ferner BGE 95 II 122. Zur bundesgerichtlichen Praxis ausführlich Bertolf 85 ff u. 92 f.

nicht ermitteltem ausländischen Recht "in der Regel nach hiesigem Recht" urteilt. Ein Weg für andere Möglichkeiten als die Anwendung der lex fori bleibt hier (theoretisch wenigstens) offen³²². Der schweizerische Entwurf zu einem IPR-Gesetz sodann möchte die lex fori in Art. 15 Abs. 3 angewendet wissen, wenn ein "nächstverwandtes Recht" fehlt³²³.

Wo die lex fori als Ersatzrecht berufen ist, wurde früher deren (fiktive) Uebereinstimmung mit dem nicht ermittelten fremden Recht angenommen. Dieser Ausweg erfolgte wohl aus einem gewissen Legitimationszwang heraus, die Anwendung der lex fori kollisionsrechtlich rechtfertigen zu müssen. So statuiert noch Art. 177 der ZPO von St. Gallen: "... Im Zweifel darf er (der Richter) annehmen, dass das angerufene fremde Recht in der anwendbaren Bestimmung mit dem einheimischen Recht übereinstimmt." Heute ist man jedoch von dieser Fiktion abgekommen, da es eines solchen Umwegs zur lex fori als Ersatzrecht nicht bedarf³²⁴. In der Schweiz war die Fiktionstheorie solange von Bedeutung, als das BGr. die Anwendung schweizerischen Rechts als Ersatzrecht nicht überprüfte. Seit die Fiktionstheorie aber in einem grundlegenden Entscheid³²⁵ aufgegeben wurde, spielt sie keine Rolle mehr.

d. Allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze

Schon früh ist in der Lehre die Forderung erhoben worden, das Ersatzrecht nicht einer einzelnen Rechtsordnung zu entnehmen, sondern aus verschiedenen Rechten gemeinsame Grundsätze herauszubilden und diese auf die konkrete Rechtsfrage anzuwenden³²⁶. Grundlegend ist ein solches Ersatz-

322 Zur besonderen Regelung von Schaffhausen siehe hienach bei lit. d.

323 Das ist die Lösung, die schon Dölle, Anwendung fremden Rechts 60 vorgeschlagen hat. Hiezu vorne bei lit. b.

324 Zajtay, Science et fictions 58; Dicey/Morris 1133; Schnitzer, Handbuch Bd. I 195; Sträuli/Messmer N 7 zu § 57.

325 BGE 92 II 111. Dazu hinten im 4. Abschnitt.

326 Siehe etwa bei Broggin, Conoscenza 165 f.

recht vom Rechtsvergleicher KOETZ erörtert und postuliert worden³²⁷. Dieser weist darauf hin, dass in verschiedenen Bereichen - Haftung der EWG für ihre Hilfspersonen, Praxis des Europäischen Gerichtshofs bei der Füllung von Lücken des EWG-Vertrages, lex fori von Schiedsgerichten - eine Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze üblich ist. Von daher empfiehlt KOETZ für das Ersatzrecht, „die anwendbaren Regeln nicht einem bestimmten nationalen Rechtssystem zu entnehmen, sondern sie aufgrund einer rechtsvergleichend-kritischen Zusammenschau aller als verwandt in Betracht kommenden Rechtsordnungen (oder doch der wichtigsten von ihnen) zu ermitteln“³²⁸. Zweierlei muss hervorgehoben werden. Einmal möchte KOETZ es vermeiden, die Antwort nur einem Recht zu entnehmen. Sodann wird betont, dass es sich nicht um irgendwelche allgemeinen Rechtsgrundsätze handeln darf, sondern um solche, die aus verwandten Rechten herzuleiten sind³²⁹. Damit kommt diese Lösung derjenigen des verwandten Rechts nahe (lit. b. hievor). Nur soll es nicht dem Zufall überlassen bleiben, ob das (eine) verwandte Recht gerade in der konkreten Frage vom an sich zuständigen fremden Recht abweicht. Deshalb ist die für die Gesamtheit der betreffenden verwandten Rechte typischste und überzeugendste Lösung zu wählen. Der Vorschlag von KOETZ ist mit Zurückhaltung aufgenommen worden, und kritische Stimmen sind nicht ausgeblieben. Vor allem wurde - wie beim verwandten Recht - geltend gemacht, der Richter wäre mit einer solchen Aufgabe überfordert. Sodann bestünde die Gefahr, dass - über die vergleichende Analyse - Vorstellungen der lex fori zur Anerkennungswürdigkeit von Rechtsgrundsätzen einfließen könnten³³⁰. Letzteres Argument ist nicht ganz von der Hand zu weisen. Auch kann es in der Tat schwierig sein, über Allgemeinplätze hinaus Spezialregeln zu Einzelfragen rechtsvergleichend zu entwickeln. Gegebenenfalls mag sich indessen eine solche Lösung be-

327 Kötz, Allgemeine Rechtsgrundsätze 670 ff.

328 Kötz (Anm. 327) 674.

329 Dazu auch Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung 665, der aber im Ergebnis KOETZ kritisch gegenübersteht (S. 666).

330 Mit grundsätzlicher Kritik Simitis, Entscheidungsfindung 14 Anm. 65; ders., Informationskrise 284; Brauksiepe 81; Batiffol/Lagarde 439; Kahn-Freund, General Problems 425; Luther a.a.O. (Anm. 329).

währen³³¹ - besonders wenn man an den Anwendungsbereich der verwandten Rechte denkt. Betont sei auch erneut, dass als Ersatzrecht nicht immer die gleiche Regelung zu wählen ist! - In der Schweiz enthält die ZPO von Schaffhausen in Art. 146 folgende einmalige Bestimmung, welche dem hier behandelten Ersatzrecht den Weg ebnen könnte: "... so hat die Partei, die sich darauf beruft, den Inhalt des fremden Rechts nachzuweisen, andernfalls der Richter befugt ist, die Sache nach ihm bekannten Rechtsgrundsätzen zu entscheiden."

§ 4 Internationale Zuständigkeit und kollisionsrechtliche Anknüpfung in Abhängigkeit von der Ermittlung fremden Rechts

An einzelnen Problembereichen soll zusammenfassend aufgezeigt werden, welche Bedeutung die Ermittlung für die kollisionsrechtliche Anknüpfung hat. Die Fragen und Schwierigkeiten, welche mit der Feststellung ausländischen Rechts zusammenhängen, betreffen nicht nur die eigentliche Anwendung, sondern beeinflussen ebenso die erste Stufe, d.h. die Bestimmung des zuständigen Rechts. Dessen ist man sich nicht immer genügend bewusst. Auswirkungen kann ein Ermittlungsergebnis sodann auf die Wahl des Forums haben.

I. Bevorzugung der lex fori

In erster Linie führen die Anforderungen und Schwierigkeiten der Fremdrechtsmittlung zu einer kollisionsrechtlichen Bevorzugung der lex fori. Das sog. Heimwärtsstreben ist für viele Rechtsanwender geradezu der Inbegriff des IPR. Durch entsprechende Qualifikation sollen die Kollisionsnormen dahingehend ausgelegt werden, dass eine Anwendung einheimischen

³³¹ In diesem Sinne zustimmend Neuhaus, Grundbegriffe 393 f (mit einem anschaulichen Beispiel).

Sachrechts resultiert. Noch direkter lässt sich dieses Ziel erreichen, indem man das Wohnsitzprinzip zum obersten Anknüpfungsgrundsatz erklärt³³². Gleiche Ueberlegungen führen beim Scheitern der Ermittlung zur Anwendung der *lex fori* als Ersatzrecht. In der Diskussion um ein Fakultatives Kollisionsrecht wird immer wieder geltend gemacht, der zweifelhaften Anwendung ausländischen Rechts sei die *lex fori* vorzuziehen. Auch hier liefern die bestehende Misere und Schwierigkeiten bei der Fremdrechtsermittlung die Argumente. Letztlich handelt es sich um eine rechtspolitische Frage, wieweit die *lex fori* bevorzugt und der internationale Entscheidungseinklang zurückgestellt werden soll.

II. Herrschaft der Parteien

Praktische Schwierigkeiten der Ermittlung fremden Rechts haben zur Folge, dass ausländisches Recht häufig nicht von Amtes wegen angewendet wird. Man überlässt es den Parteien und ihren Vertretern, das anwendbare fremde Recht nachzuweisen. Erbringen die Parteien - aus welchen Gründen auch immer - den Nachweis nicht, wird zumeist die *lex fori* beigezogen. Noch mehr lässt sich eine Fremdrechtsanwendung vermeiden, wenn schon die kollisionsrechtliche Frage nicht von Amtes wegen gestellt wird. Diesfalls müssen die Parteien, wollen sie die Anwendung eines andern als des inländischen Rechts, die Zuständigkeit einer fremden Sachrechtsordnung behaupten. Bei all diesen Regelungen wird in Kauf genommen, dass die Parteien die Rechtsanwendung in erheblichem Umfang beeinflussen (können). Sie haben beispielsweise die Möglichkeit, das an sich zuständige fremde Recht nicht nachzuweisen, wenn ihnen die *lex fori* "günstiger" erscheint. Hier tritt objektive Rechtsverwirklichung im Sinne des kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehls hinter das Bedürfnis, Fälle mit Auslandsberührung "speditiv" bewältigen zu können (sog. Erledigungsmaxime). Stösst eine Partei auf ein Recht, welches die Fremdrechtsanwendung grösstenteils den Parteien überlässt und ihr zudem günstig erscheint, wird sie im betreffenden Staat die internationale Zuständigkeit zu erlangen suchen. Das kann zu Missbräuchen

332 Das unterstreicht Kegel, Organisation 462.

führen, wenn mit der betreffenden Rechtsordnung kein oder nur ein geringer Zusammenhang besteht ("forum shopping"). Solche Fälle sind nicht selten in den USA vorgekommen, wo einerseits grosszügige Zuständigkeit gewährt und andererseits die Fremdrechtsanwendung in erheblichem Ausmass den Parteien überlassen wird³³³.

III. Qualifikation, Renvoi

Jede Auslegung des inländischen Kollisionsrechts, die nicht blindlings der Systematik und den Begriffen der materiellrechtlichen lex fori folgt, stützt sich auf die Ermittlung fremder Rechtsinhalte. Die Qualifikation nach der lex causae bedarf der Auslegung des Wirkungsstatuts. Die von RABEL propagierte und auf umfassender Rechtsvergleichung aufbauende Qualifikation setzt die Analyse fremder Rechtserscheinungen voraus. Auch die Qualifikation der "kollisionsnormgemässen Auslegung"³³⁴ beruht auf der Ermittlung ausländischen Rechts. Dazu KELLER / SIEHR³³⁴: "Selbstverständlich kann und soll der Richter auch im Rahmen dieser Auslegungsmethode über die nationalen Grenzen hinausblicken, Rechtsvergleichung treiben, aber nicht um daraus unmittelbar die Lösung zu schöpfen, sondern lediglich,

³³³ Gegenüber unangebrachter Beanspruchung der Zuständigkeit ist mit der Lehre des "forum non conveniens" ein Mittel gefunden worden, solche Klagen an ein anderes, geeigneteres Forum zu verweisen. Hierzu u.a. Claude Blum, Forum non conveniens (Diss. Zürich 1979) 17 ff u. 65 ff sowie Schlesinger, Recurrent Problem 14. - Für den schweizerischen IPR-Entwurf hat SIEHR folgende erwägenswerte Klausel über das "forum non conveniens" vorgeschlagen (Freiburger Kolloquium 86):

¹ Der schweizerische Richter kann seine Zuständigkeit ablehnen, wenn die Parteien einen leichten Zugang zu Gerichten eines anderen Staates haben und dieser sie besser zu ihrem Recht kommen lässt, oder wenn er das Gericht des Staates ist, dessen Recht nach den Regeln dieses Gesetzes anzuwenden ist.

² Dies gilt nicht, wenn die schweizerische Zuständigkeit gewählt worden ist."

³³⁴ Keller/Siehr, Eigenart 27 f.

um mit ihrer Hilfe die eigene Kollisionsnorm besser verstehen und deren Inhalt sicherer bestimmen zu können. So ermöglicht die kollisionsnormgemässe Auslegung wie die rechtsvergleichende Methode – freilich nur in den durch die genannten Massstäbe gesetzten Grenzen –, dass die heute noch an festgefügt einheimischen Vorstellungen orientierten Begriffe des Internationalen Privatrechts aufgelockert und auch solche Rechtsfragen eingeordnet werden können, die auf ausländische Rechtserscheinungen zurückgehen."

Stellt die Verweisung einer inländischen Kollisionsnorm auf ausländisches Recht eine Gesamtverweisung dar, muss für die Bestimmung des zuständigen Sachrechts ausländisches Kollisionsrecht ermittelt und angewendet werden. Mit ähnlichen Aufgaben konfrontiert sieht sich der Richter bei einer sog. Näherberechtigung (vgl. z.B. NAG 28) oder beim Auftreten "versteckter Kollisionsnormen" im ausländischen Recht³³⁵.

IV. Das "günstigere" Recht

Eine Anknüpfung an das "bessere" oder das "günstigere" Sachrecht verlangt einen Vergleich der in Frage kommenden Rechte, um unter diesen das "bessere" oder "günstigere" Recht feststellen zu können. Ein paar Beispiele mögen das veranschaulichen. Das schweizerische IPR sieht für die Bestimmung des Deliktstatuts vor, dass bei Auseinanderfallen von Handlungs- und Erfolgsort der Geschädigte die Anwendung des ihm günstigeren Rechts verlangen kann. KELLER / SIEHR unterstreichen für diese Regelung die Ausrichtung auf materiale Gesichtspunkte^{335a}: "Der favor laesi ist offenkundig." Im Scheidungsrecht genügt es seit dem Entscheid "Cardo"³³⁶, dass nur das Heimatrecht des Klägers die Voraussetzungen von NAG 7h Abs. 1 erfüllt. Gehört der klagende Ehegatte mehreren Staaten an, so wird auf

335 Zu diesen Fragen der Anwendung fremden Kollisionsrechts siehe 3. Abschnitt hienach.

335a Keller/Siehr, Eigenart 40 f.

336 BGE 94 II 65.

dasjenige Heimatrecht abgestellt, dessen Lösung dem schweizerischen Recht am nächsten kommt³³⁷. Das führt zu einer Berücksichtigung "des für die Scheidung günstigsten Heimatrechtes"³³⁸. Um feststellen zu können, welches der fremden Rechte dem schweizerischen am "nächsten" kommt, bedarf es erneut der Fremdrechtsmittlung. Ähnliche Nachforschungen sind auch bei Anwendung der folgenden Kollisionsnormen erforderlich. Art. 16 Abs.2 des deutschen EGBGB bestimmt für den Schutz Dritter im ehelichen Güterrecht: "Die Vorschriften der §§ ... des Bürgerlichen Gesetzbuches finden Anwendung, soweit sie Dritten günstiger sind als die ausländischen Gesetze." Und § 46 des neuen ungarischen IPR-Gesetzes lautet³³⁹: "Auf die familienrechtliche Stellung eines ungarischen Staatsbürgers oder eines in Ungarn wohnhaften Kindes bzw. auf die zwischen ihm und seinen Eltern bestehenden Beziehungen sowie auf den Unterhalt des Kindes ist das ungarische Recht anwendbar, wenn es im Hinblick auf das Kind günstiger ist." Das materiell günstigere Recht hat ebenso § 41 des österreichischen IPR-Gesetzes im Auge; die für Verbraucherverträge aufgestellte Sonderregel hat folgenden Wortlaut: "(1) Verträge, bei denen das Recht des Staates, in dem eine Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, dieser als Verbraucher besonderen privatrechtlichen Schutz gewährt, sind nach diesem Recht zu beurteilen, wenn ..." Die genannten Beispiele zeigen deutlich, dass eine materiellrechtlich orientierte Anknüpfung ohne Ermittlung und Fremdrechtsvergleiche nicht möglich ist. Sowohl der das günstigere Recht wählende Parteivertreter wie das nach solchen Gesichtspunkten anknüpfende Gericht kommen um diese Arbeit nicht herum³⁴⁰. Das begrüßen die Anhänger einer Methode, die sich an materialen Kriterien orientiert. Sie wünschen nicht mehr eine "blutleere begriffstechnische Anknüpfung"³⁴¹, sondern einen "result selective approach" auf Grund der zur

337 BGE 94 II 72 f E. 5.

338 Vischer, Kodifikation 21; ebenso Keller/Siehr, Eigenart 41.

339 Zitiert nach der Uebersetzung von Benkö/Peuster in Das Standesamt 33 (1980) 78 ff (83).

340 Zum Sachnormenvergleich im IPR - insbesondere zum "ähnlichen", "günstigeren", "gleichwertigen" und "besseren" Recht - vgl. grundlegend Jayme, Rechtsvergleichung 105 ff. Auch Batiffol, Apports du droit comparé 116 und van Hecke, Principes et méthodes 477 ff.

341 Heini, Neue Methode 276 zu CAVERS; a.a.O. (S. 277 f) auch ein gutes Beispiel hiezu.

Diskussion stehenden Rechtsordnungen. Letzteres wird dort angestrebt, wo das zweistufige Verfahren - Bestimmung einerseits, Anwendung andererseits - gesprengt werden soll. Gleiches gilt auch innerhalb des traditionellen zweistufigen Systems, wenn für die Verweisung eine Materialisierung verlangt wird. Denkbar ist diese nur in Verbindung mit eingehenden Ermittlungen. "Stets handelt es sich hierbei um einen 'better-rule' oder genauer 'better-result approach', bei dem die Kollisionsnorm das bessere Resultat festlegt und gleichzeitig diejenigen Rechtsordnungen benennt, die auf die Verwirklichung des rechtspolitisch erwünschten Ergebnisses hin zu überprüfen sind."³⁴²

V. Offenlassen der Rechtsanwendungsfrage

Ausländische Rechte müssen ermittelt werden im Hinblick auf das Offenlassen der Rechtsanwendungsfrage³⁴³. Um feststellen zu können, ob die potentiell anwendbaren Sachrechte zum gleichen Ergebnis führen, sind dieselben miteinander zu vergleichen. Das mag relativ problemlos sein, wenn es um Rechte von Nachbarstaaten geht, z.B. im Verhältnis BRD - Schweiz³⁴⁴. Aber schon hier sind bei näherem Zusehen mehr Unterschiede ersichtlich, als man vielleicht anfänglich meint - etwa im vertraglichen Gewährleistungsrecht oder im Bereich der direkten Stellvertretung. Umso anspruchsvoller gestaltet sich eine vergleichende Fremdrechtersmittlung, wenn mehrere und entlegenere Rechte zur Diskussion stehen. Damit hängt das Offenlassen des zuständigen Sachrechts wesentlich von den Möglichkeiten der Ermittlung ab³⁴⁵.

342 Siehr, Reform 281. Zum "better-result approach" in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung siehe Vischer, Kodifikation 20 ff u. Gutzwiller, Ziel und Methode 176 ff. Allgemein auch Zweigert, Zur Armut 447; Simitis, Entscheidungsfindung 11 f (kritisch, u.a. wegen der Gefahr des Heimwärtsstrebens).

343 Dazu ausführlich 1. Abschnitt § 2 vorne.

344 So der Fall in Schweiz. Juristen-Zeitung 73 (1977) 79.

345 Das betont auch Behn 254.

VI. Akzessorische Anknüpfung im Deliktsrecht

Der Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz bringt in Art. 131 eine neuartige, in der Wissenschaft seit längerem vorgeschlagene Anknüpfung für deliktsrechtliche Ansprüche:

"Wird durch eine unerlaubte Handlung zugleich ein zwischen Haftpflichtigem und Geschädigtem bestehendes vertragliches oder gesetzliches Rechtsverhältnis verletzt, so unterstehen die Ansprüche daraus dem Recht des Staates, das auf dieses Rechtsverhältnis anwendbar ist ..."

Die akzessorische Anknüpfung setzt "eine zwischen den Parteien bereits bestehende Sonderbeziehung"^{345a} voraus. Diese Sonderbeziehung muss auf bestimmte Weise qualifiziert sein, und nach dem jetzigen Wortlaut von Art. 131 bedarf es einer "Verletzung" des Rechtsverhältnisses zwischen Haftpflichtigem und Geschädigtem. Hierzu ist durch Ermittlung des fremden Rechts abzuklären, ob nach der *lex causae* ein obligationenrechtlicher Vertrag oder ein anderes Rechtsverhältnis (z.B. eine Verlobung) gültig zustande gekommen und zugleich verletzt ist. Fraglich erscheint, ob es sich stets um eine "Verletzung" des Rechtsverhältnisses nach der *lex causae* handeln muss. Es kann sein, dass das Rechtsverhältnis keinen Bestand hat - beispielsweise wegen Nichtabschlusses oder Anfechtung eines Vertrages - und sich gleichwohl eine akzessorische Anknüpfung aufdrängt: etwa zur Beurteilung einer absichtlichen Täuschung oder allgemein einer culpa in contrahendo. Auch ist es möglich, dass ein deliktsrechtlicher Anspruch besteht, nicht aber zugleich ein Anspruch aus Vertragsverletzung. Zu denken wäre im schweizerischen Recht an das Verhältnis von OR 55 und 101.

VII. Nichtanwendung des zuständigen Rechts

Wird fremdes Recht für anwendbar erklärt, so kann dessen Feststellung dazu führen, dass man es doch nicht oder nur modifiziert anwendet. Gründe

^{345a} Anton Heini, Die Anknüpfungsgrundsätze in den Deliktsgesetzen eines zukünftigen schweizerischen IPR-Gesetzes, in: FS F.A. Mann (München 1977) 193 - 205 (197).

für eine Nichtanwendung des an sich zuständigen Rechts gibt es verschiedene: etwa Verstoss gegen den einheimischen Ordre public, drittstaatliche Eingriffsnormen, Gesetzesumgehungen oder die mangelnde Eignung fremden Rechts für eine Anwendung usw. Auf diese Fragen ist im folgenden Abschnitt näher einzutreten. Sie sind jedoch schon hier anzutönen, um sie ebenso als eine kollisionsrechtliche Reflexwirkung der Ermittlung fremden Rechts einführen zu können. Erst die Analyse des einschlägigen Rechts wirft das kollisionsrechtliche Problem einer Ersatzlösung auf.

3. ABSCHNITT

ANWENDUNG DES ZUSTAENDIGEN FREMDEN RECHTS

§ 1 Anwendbare Normbereiche der fremden Rechtsordnung

I. Privatrechtliche Normen

1. Grundsatz

a. Allgemeines

Die Anwendung des zuständigen Sachrechts ist Folge der kollisionsrechtlichen Anknüpfung³⁴⁶. Die Verweisung umfasst alle jene privatrechtlichen³⁴⁷ Normen der fremden Rechtsordnung, die zur konkreten Rechtsfrage Bezug haben und diese beantworten^{347a}.

Das scheint auch Absatz 2 von Art. 13 des Entwurfs zu einem schweizerischen IPR-Gesetz ("Tragweite der Kollisionsnorm") zum Ausdruck bringen zu wollen:

"Die Verweisung umfasst alle Bestimmungen, die nach ihrem Zweck auf einen Sachverhalt anwendbar sind."

Diese Bestimmung weist einerseits eine positive Seite auf, enthält andererseits verschiedene Unklarheiten. Sie will - gleichsam als grundsätzlicher Ausgangspunkt - klarstellen, dass das zuständige Recht möglichst "so wie" in der fremden Rechtsordnung gehandhabt werde. Aus dieser Maxime ergeben sich verschiedene Folgerungen, die im Verlaufe dieses Abschnitts auch

³⁴⁶ Kegel, Internationales Privatrecht 124.

³⁴⁷ Zum privatrechtsgestaltenden öffentlichen Recht siehe hienach unter II.

^{347a} Vgl. die Parallelität in ZGB 1 I: "Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält."

behandelt werden sollen. Die an sich begrüssenswerte Leitlinie erfährt indessen gewichtige Differenzierungen und Ausnahmen - beispielsweise was den Renvoi betrifft³⁴⁸ -, so dass man sich fragen kann, ob nicht auf eine solche Norm zu verzichten sei. Hinzu kommen Unklarheiten der Bestimmung selbst. Art. 13 II spricht von fremden Normen, "die nach ihrem Zweck auf einen Sachverhalt anwendbar sind". Das ist nicht dasselbe, wie wenn Bestimmungen gemeint wären, die die konkrete Rechtsfrage beantworten! Die Bezugnahme auf den "Sachverhalt" lässt Raum für einen weiteren Kreis von Normen, als dies im Rahmen der gestellten Rechtsfrage an sich möglich ist³⁴⁹. Hält man den Gegenstand der Qualifikation von (einheimischen) Kollisionsnormen vor Augen, ist allein massgebend, welche Normen der *lex causae* die der Anknüpfung zugrunde liegende Rechtsfrage beantworten³⁵⁰. Das schliesst nicht aus, dass Bestimmungen zur Anwendung gelangen, die in der fremden Rechtsordnung systematisch einen andern Platz einnehmen - entscheidend ist, ob sie sich auf die Rechtsfrage beziehen. In diesem Sinne wäre Art. 13 II zu präzisieren.

Im weiteren ist nicht klar, ob und in welchem Umfang Absatz 2 von Art. 13 auf Fragen der Nichtanwendung des an sich zuständigen fremden Rechts abzielt³⁵¹. Es erscheint besser, diese Probleme in den Gesamtzusammenhang der Nichtanwendung zu stellen und sie bei besonderen Einzelfragen abzuhandeln³⁵².

348 Art. 13 I des Entwurfs.

349 Neuhaus, Grundbegriffe 335 f (mit einem Beispiel). - Gemeint sein dürfte aber auch nicht das "Rechtsverhältnis" als Ganzes, basiert doch der Entwurf auf der Anknüpfung von Rechtsfragen. Das zeigt sich beispielsweise deutlich in Art. 127, wo für die Stellvertretung nicht von den einzelnen Rechtsverhältnissen (wie in der Haager Konvention), sondern von den Rechtsfragen ausgegangen wird.

350 Hiezu Neuhaus, Grundbegriffe 336 u. 118 ff; Keller/Siehr, Eigenart 15 ff.

351 Im Schlussbericht (S. 58 f) werden die "norme autolimitate" genannt. Hiezu siehe hinten in Zusammenhang mit dem Renvoi bei Anm. 524 ff.

352 Das soll auch die Vorgehensweise dieser Arbeit sein. - Ausführlich und kritisch zu Art. 13 II des Entwurfs haben sich geäußert: die *Faculté de Droit de l'Université de Genève* (Vernehmlassungen 41) und die *Direction de recherches de Genève / Faculté de Droit* (Vernehmlassungen 46).

b. In Geltung stehendes Fremdrecht

Soll das fremde Sachrecht gleich wie in der betreffenden Rechtsordnung angewandt werden, ist das geltende Recht der *lex causae* beizuziehen. Was heisst das?

In der Lehre zur Fremdrechtsanwendung wird unterschieden zwischen der "Anwendung" und der "Geltung" fremden Rechts³⁵³. Fremdes Recht werde im Inland angewendet, obwohl es hier nicht gelte, "d.h. nicht vom inländischen Gesetzgeber erlassen"³⁵⁴ sei; auch würde "nicht jedes für den konkreten Fall den Parteien gegenüber Geltung beanspruchende Recht" vom Forumrichter berücksichtigt³⁵⁵. Hiegegen hat sich BEITZKE gewandt und die Unterscheidung von Anwendungsbereich und Geltungsbereich für künstlich erachtet³⁵⁶. BEITZKE meint: "Geltung und Anwendung entsprechen einander; Geltung drückt gewissermassen den statischen Zustand des Rechtes aus, Anwendung den dynamischen, die Verwirklichung, die Durchführung. Hierbei kann aber nur durchgeführt werden, was schon 'gilt'." Das ist durchaus richtig, soweit es um die zweite kollisionsrechtliche Stufe, die Anwendung geht. Die Unterscheidung von Geltungsbereich und Anwendungsbereich hat jedoch mehr die erste Stufe, die Berufung fremden Rechts im Auge. Insoweit es nämlich um den Geltungsgrund ausländischen Rechts im Inland geht, ist eine Unterscheidung gegenüber reinen Inlandfällen am Platz. Von hierher besehen ist es einem Kollisionsrecht auch unbenommen, nicht geltendes ausländisches Recht zu berufen³⁵⁷. Nach erfolgter Anknüpfung soll das fremde Recht indessen so "angewendet" werden, wie es in der betreffenden Rechtsordnung "gilt". Das ist die Konsequenz der kollisionsrechtlichen Verweisung. Vorbehalte wie der *Ordre public*, der heute zudem nicht mehr als reine Abwehrklausel "*post festum*" begriffen wird (dazu hinten!), ändern daran nichts.

353 Knittel 16; Beitzke, Betrachtungen zur Methodik 13; Raape/Sturm 314 Anm. 9.

354 Raape/Sturm a.a.O. (Anm. 353).

355 Knittel a.a.O. (Anm. 353).

356 Beitzke a.a.O. (Anm. 353).

357 Dölle, Anwendung fremden Rechts 58; Knittel 25 ff, 37, 39 und damit in Zusammenhang die §§ 3 u. 4 hinten.

Geltung im Sinne der Fremdrechtsanwendung meint die sog. faktische Geltung, d.h. das tatsächlich existierende Recht³⁵⁸. Dazu OTT³⁵⁹: "'Geltung' in diesem Sinne ist also nichts Normatives, sondern etwas Tatsächliches und bezieht sich immer auf ein Recht, das in irgendeiner näher zu bestimmenden Weise 'wirklich' geworden ist." Häufig wird in diesem Zusammenhang, auch in der Kollisionsrechtsliteratur, von der "Wirksamkeit" des Rechts gesprochen. Wirksam sind danach Rechtsnormen, wenn sie vom Rechtsstab angewandt oder von den Rechtsgenossen befolgt werden³⁶⁰. Spricht man von Geltung fremden Rechts, sind solche wirksamen Normen gemeint³⁶¹. Im Vordergrund stehen die vom Rechtsstab tatsächlich angewandten Rechtsregeln. - Nicht entscheidend ist also die (lediglich) juristische Geltung, die danach fragt, ob die Geltung von Normen sich aus höherrangigen Rechtssätzen ableiten lässt³⁶². Anzumerken bleibt freilich, dass faktische und juristische Geltung sich häufig decken.

Der Grundsatz der Anwendung des tatsächlich geltenden Rechts hat Auswirkungen auf die Fremdrechtsanwendung bei Herrschaftsveränderungen innerhalb der ausländischen Rechtsordnung. Zur Hauptsache geht es um Fragen der Rechtsänderung bei revolutionären Umwälzungen, Neugründungen von Staaten, bei Annexion und Okkupation. Ein Beispiel³⁶³: Während des

358 Zur faktischen Geltung von Recht u.a. grundlegend Walter Ott, Der Rechtspositivismus (Berlin 1976) 21 f.

359 Ott (Anm. 358) 21.

360 Ott (Anm. 358) 22 mit Hinweis auf die Geltungslehre von SCHREIBER. OTT nennt solche Wirksamkeit die "soziologische" oder "Wirksamkeit im eigentlichen Sinne".

361 Kegel, Internationales Privatrecht 10; Knittel 13 ff, 88; Neuhaus, Grundbegriffe 336; Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 29; ders., Application of Foreign Law 27; Ferid, Internationales Privatrecht 108. IPRspr. 1974 Nr. 4 S. 21: Es "sind unter ausländischem Recht nicht nur die positiven Rechtsnormen zu verstehen, sondern das Recht, wie es aufgrund der Rechtslehre und Rechtsprechung in der Wirklichkeit gestaltet ist..."

362 Ott (Anm. 358) 22 f; Knittel 14.

363 Aus Ferid, Internationales Privatrecht 108.

Zweiten Weltkriegs hatte die Sowjetunion im Zusammenwirken mit Hitler-Deutschland die baltischen Staaten rechtswidrig annektiert. Zu entscheiden ist, ob und ab wann die vom annektierenden Staat erlassenen Rechtsnormen als im annektierten Territorium "geltend" betrachtet werden müssen. Oder: Sind die vom Pinochet-Regime in Chile seit 1973 verordneten Gesetze daselbst in Geltung? Die heute überwiegende Meinung geht dahin, dass es für die auf Grund des IPR erfolgende Fremdrechtsanwendung nicht darauf ankommen kann, ob das fremde Recht von einem nicht anerkannten Staat, einer nicht anerkannten Regierung oder einem nicht anerkannten Okkupanten erlassen worden ist. Entscheidend sei allein die tatsächliche Wirksamkeit des Rechts im betreffenden Gebiet³⁶⁴. Begründet wird dies vor allem damit, dass es sich bei der Fremdrechtsanwendung nicht um völkerrechtliche Anerkennungsfragen handle. Vielmehr werde das fremde Recht unabhängig von seinem Geltungsanspruch im Inland für anwendbar erklärt. Dieser Ansicht folgt auch das BGr. in seiner Praxis. Im Fall "VEB Carl Zeiss Jena" gegen "Firma Carl Zeiss Heidenheim" war vorfrageweise das Recht der DDR anzuwenden, weil sich nach diesem die Namensbildung des Beklagten beurteilte. Das BGr. führte zur damaligen Rechtslage aus^{364a}:

"Dem Umstand, dass die Bundesrepublik Deutschland von der Schweiz als Staat anerkannt ist, die DDR dagegen nicht, ist keine Bedeutung beizumessen. Die Nichtanerkennung der

364 Knittel 84 ff; Beitzke, Betrachtungen zur Methodik 11 u. 14; Heiz 65 ff (auch aus der Sicht des Völkerrechts); Kegel, Internationales Privatrecht 10; Raape/Sturm 310; Ferid, Internationales Privatrecht 108; grundlegend zu diesen Fragen jüngst Arno Wohlgenuth, Veränderungen im Bestand des Geltungsgebietes des Vertragsstatuts (Berlin 1979) 50 ff u. passim. - Die Feststellung, welches Recht bei politischen Umwälzungen oder Besetzungen "tatsächlich wirksam" ist, dürfte nicht immer leicht zu erbringen sein. Bisweilen ist man auf eine Prognose über das "wahrscheinlich geltende" Recht angewiesen: siehe Arno Wohlgenuth, Kambodschanisches Kindschaftsrecht vor deutschen Gerichten heute - Probleme bei brachliegender Zivilrechtspflege im Ausland, in: Das Ständesamt 34 (1981) 41 - 50 (42 f). Vgl. auch bei Anm. 283 vorne.

364a BGE 91 II 117 (126 f); zu diesem auch für Fragen der Revisibilität bedeutsamen Entscheid siehe im weiteren bei Anm. 795 f hinten. Wie hier urteilte das BGr. schon in BGE 50 II 507 (512), als es um die Wirksamkeit von nach 1917 erlassenen Sowjetrecht ging. Gleich wie das BGr. in dieser Frage hat das englische House of Lords, ebenfalls in einem "Zeiss" / "Zeiss" - Fall, entschieden: vgl. Jörg Paul Müller / Luzius Wildhaber, Praxis des Völkerrechts (Bern 1977) 195.

DDR hat nicht zur Folge, dass der schweizerische Zivilrichter ihre Gesetze und die Verfügungen ihrer Behörden als nicht erlassen zu erachten hätte. Die DDR ist in international-privatrechtlicher Hinsicht als selbständiges Rechtsgebiet zu behandeln. Das bedeutet keineswegs, dass der schweizerische Zivilrichter sie damit als Staat anerkenne. Zu einer Anerkennung als Staat im völkerrechtlichen Sinne wäre nicht der Richter, sondern gemäss Art. 102 Ziff. 8 BV ausschliesslich der Bundesrat zuständig. Die Aufgabe des Richters beschränkt sich darauf, einen privatrechtlichen Streit zu entscheiden, und soweit dabei nach den schweizerischen Kollisionsnormen ausländisches Recht massgebend ist, muss er auch das im Gebiete eines nicht anerkannten Staates geltende Recht als tatsächliche Gegebenheit hinnehmen und es - soweit dem der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung nicht entgegensteht - anwenden."

Eine andere Position hat WENGLER in einer bemerkenswerten Studie vertreten³⁶⁵. Gestützt auf Urteile aus der Praxis stellte er den Grundsatz von der faktischen Geltung in Frage, insbesondere für die Bereiche der Annexion und der Okkupation. WENGLER bestreitet, dass der einheimische Richter Fremdrechtsanwendung unabhängig von völkerrechtlichen Implikationen betreiben dürfe. Auch bei der Verwirklichung des Privatrechts sei auf die politischen Gegebenheiten, die den Forumstaat in Fragen der Anerkennung betreffen können, Rücksicht zu nehmen³⁶⁶. Ohne Berechtigung sind diese Argumente nicht. Nur sollte dadurch der in erster Linie die Privatrechtsgestaltung betreffende Grundsatz nicht umgekrempelt werden. In Ausnahmefällen mag über den Ordre public eine Lösung gefunden werden. Um eine Vorbehaltsklausel kommt nämlich auch WENGLER nicht herum, wenn er vom umgekehrten Grundsatz ausgeht und die Anwendung faktisch geltenden Rechts "wegen fehlender Legitimität des Gesetzgebers" ablehnt³⁶⁷. Ausnahmsweise muss dieses doch angewandt werden, wenn "humanitäre Rücksichten auf die Belange der unter dem illegitimen Gesetzgeber lebenden Menschen"³⁶⁷ danach verlangen. Diesen Vorbehalt möchte WENGLER "Vorbehaltsklausel der Humanität" nennen. Damit nähert er sich im Ergebnis dem Grundsatz der Anwendung des faktisch geltenden Rechts, welcher Grundsatz ja gekoppelt ist mit der ("umgekehrten") Vorbehaltsklausel des Ordre public.

365 Wengler, Faktizität und Legitimität 618 ff.

366 Wengler, Faktizität und Legitimität 623.

367 Wengler, Faktizität und Legitimität 629.

Ist das fremde Recht gleichwie in der betreffenden Rechtsordnung anzuwenden, so müssen die in Kraft stehenden Normen beigezogen werden. Aenderungen innerhalb des zuständigen materiellen Rechts - beispielsweise zwischen der Entstehung eines Rechts und dessen Geltendmachung vor Gericht - aktualisieren die Frage nach dem zeitlichen Geltungsbereich des anwendbaren Sachrechts. Diese Frage gehört dem intertemporalen Recht (auch: zeitlichen Kollisionsrecht) an³⁶⁸. Letzteres hat im Rahmen des IPR vor allem drei Problembereiche zum Gegenstand:

- Aenderungen des Kollisionsrechts (IPR)³⁶⁹,
- Aenderungen der Anknüpfungstatsachen³⁷⁰
(wie Wohnsitz, Belegenheitsort),
- Aenderungen des zuständigen Sachrechts.

Die genannten intertemporalrechtlichen Problemstellungen werden auch zusammengefasst unter dem Begriff "Statutenwechsel". NEUHAUS schreibt dazu in seinen Grundbegriffen³⁷¹: "Statutenwechsel ist im weiteren Sinne jeder Wechsel der materiell massgebenden Rechtsordnung." In einem engeren Sinne werden darunter jedoch nur die Fragen verstanden, die sich in Zusammenhang mit Aenderungen der Anknüpfungstatsachen stellen (*conflict mobile*)³⁷². Für diese Arbeit erfolgt eine Beschränkung auf die Aenderungen des

368 Broggin, Intertemporales Privatrecht 416 f u. 423; Kegel, Internationales Privatrecht 20. Zur Unterscheidung von zeitlichem Kollisionsrecht und materiellem Uebergangsrecht vgl. hienach. - Das intertemporale Recht hat jüngst auch das Institut de Droit international beschäftigt; vgl. dessen Annuaire 58 (1979) Bd. I 1 - 96.

369 Insbesondere der *lex fori*; vgl. beispielsweise BGE 96 II 4 (9 ff): Aenderung von Anknüpfungen durch Beitritt zum Haager Unterhaltsabkommen v. 24. Oktober 1956. Zu Aenderungen des Kollisionsrechts: Neuhaus, Grundbegriffe 293; Grodecki 3 ff; Niederer 356 ff; Batiffol/Lagarde 398 ff; von Overbeck 83 ff. - Uebergangsbestimmungen zum eigenen Anwendungsbereich enthält der Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz in Art. 192 ff.

370 Dieser Komplex intertemporalrechtlicher Fragen ist bekannt unter dem Begriff "*conflict mobile*". Hiezu: Neuhaus, Grundbegriffe 293; Grodecki 33 ff; Niederer 358 ff; Batiffol/Lagarde 401 ff; Schnitzer, Zeitliche Grenzen 320; Kegel, Internationales Privatrecht 21.

371 Neuhaus, Grundbegriffe 292.

372 Vgl. die Hinweise in Anm. 370.

zuständigen fremden Sachrechts^{372a}. Die Bedeutung dieses Bereichs innerhalb des Intertemporalrechts wird allgemein zuwenig erkannt. So kommt es nicht selten vor, dass nicht mehr in Kraft befindliche Fremdrechtsnormen anstelle von neuem Recht angewendet werden³⁷³ – und dies ohne Auseinandersetzung mit der intertemporalrechtlichen Frage.

Gegenüber Aenderungen des fremden Sachrechts können drei Positionen eingenommen werden. Denkbar ist eine Anwendung des Rechts, das im Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses galt; ohne Rücksicht auf spätere Rechtsänderungen. Sodann kann das intertemporale Recht der *lex fori* befragt werden, ob das frühere oder das neue fremde Sachrecht anzuwenden sei. Drittens kann die Beantwortung der intertemporalrechtlichen Frage dem zeitlichen Kollisionsrecht der lex causae überlassen werden³⁷⁴. Letztere ist die heute überwiegende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung³⁷⁵. Zur Hauptsache wird zutreffend argumentiert, der Entscheid, welches Recht im Zeitpunkt der Urteilsfällung gelte, sei der fremden Rechtsordnung zu überlassen. Dies sei die Folge der kollisionsrechtlichen Verweisung.

Das fremde Recht kann den zeitlichen Geltungsbereich seiner Sachrechtsnormen durch eigentliches Kollisionsrecht bestimmen. Die *lex causae* ordnet diesfalls in Rechtsanwendungsnormen an, ob altes oder neues Sach-

372a "Conflit (international) transitoire". Zur Terminologie Gavalda 303; Neuhaus, Grundbegriffe 294 Anm. 814; grundlegend Paul Roubier, *Le droit transitoire* (2.A. Paris 1960) 3 ff.

373 Mit Beispielen aus der Praxis Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung 663 f.

374 Zu diesen Möglichkeiten und den damit verbundenen Theorien Gavalda 285 ff; Niederer 361; Grodecki 13.

375 Kegel, Internationales Privatrecht 11; Neuhaus, Grundbegriffe 294; Knittel 56; Schnitzer, Zeitliche Grenzen 319; Grodecki 13; Niederer 361; Batiffol/Lagarde 420; Gavalda 303 ff. Anderer Ansicht Raape / Sturm 310 lit. h) (Massgeblichkeit der *lex fori*), was umso mehr erstaunt, als RAAPE sich ausdrücklich für eine Berücksichtigung des "ausländischen Uebergangsrechts" ausgesprochen hat (vgl. Knittel 58). - In BGE 100 II 270 (273 f) konnte das BGr. in Zusammenhang mit NAG 31 III offenlassen, ob Aenderungen des ausländischen Güterrechts nach Wegzug der Eheleute aus dem Ausland zu berücksichtigen sind.

recht zum Zuge kommt³⁷⁶ - ohne die konkrete Rechtsfrage zu beantworten. In einem materiellen Uebergangsrecht können anderseits - innerhalb der fremden Rechtsordnung - besondere Sachnormen eingeführt werden, "die für eine begrenzte Zeit (Uebergangszeit) oder für eine begrenzte Gruppe von Verhältnissen Geltung beanspruchen³⁷⁷". Als Beispiel sei Art. 6 Abs. 2 Schlusstitel ZGB genannt, der bisherigen Rechtsfiguren eine modifizierte Rechtsfolgenwirkung zuteil werden lässt, ohne diese in toto dem neuen Recht unterstellen zu wollen:

"Die Todes- oder Abwesenheitserklärungen des bisherigen Rechtes haben nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes die gleichen Wirkungen wie die Verschollenerklärung des neuen Rechtes, wobei aber die vor diesem Zeitpunkte nach bisherigem Recht eingetretenen Folgen, wie Erbgang oder Auflösung der Ehe, bestehen bleiben." (378)

Solche materiellen Uebergangsbestimmungen verdeutlichen, wiesehr intertemporalrechtliche Fragen dieser Art mit dem anwendbaren Sachrecht zusammenhängen. Letzteres hat denn auch über sie zu befinden. Dieser Grundsatz scheint heute so selbstverständlich, dass der Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz sich hierüber nicht explizit zu äussern brauchte.

Die Zuständigkeit des fremden Intertemporalrechts ist auch dort gegeben, wo die Parteien ein fremdes Recht qua Rechtswahl berufen. Dem

376 Beispiel: Art. 8 Schlusstitel ZGB (Eheschliessung, Scheidung und persönliche Wirkungen der Ehe).

377 Broggin, Intertemporales Privatrecht 424.

378 Das Beispiel stammt von Broggin, Intertemporales Privatrecht 425 f. BROGGINI plädiert in der Folge entschieden für solches materielles Uebergangsrecht (a.a.O. S. 426): "Genau wie die verschiedene örtliche, führt auch die verschiedene zeitliche Anknüpfung der einzelnen Teile eines Rechtsverhältnisses zur Entstehung und zur Anwendung eines 'dritten' materiellen Rechtes, das der Eigenart des Falles, seinem transitorischen Charakter, entspricht. Und eine solche Lösung liegt den meisten der intertemporalen Tatbestände zugrunde: nicht die reine Anwendung des bisherigen Rechtes, auch nicht die reine Anwendung des neuen Rechtes ist das Ergebnis der zeitlichen Kollisionsnorm, sondern die Anwendung eines neuen, mit Hilfe des bisherigen und des neuen normativen Materials gebildeten materiellen Rechts, das den konkreten Bedürfnissen eines Lebensverhältnisses der Uebergangszeit besser als das alte oder das neue Recht entgegenkommt."

wurde bisweilen entgegengehalten, die Parteien wollten jenes Recht für anwendbar erklären, das im Zeitpunkt der Rechtswahl gilt. Mit zutreffenden Argumenten ist diese Ansicht zurückgewiesen worden. Wird an ein Recht - über den kollisionsrechtlichen (!) Rechtswahlvertrag - angeknüpft, so ist diesem, in seiner je geltenden Form, der Sachentscheid überlassen. Weiter reicht die kollisionsrechtliche Parteiautonomie nicht. Im übrigen ist es den Parteien unbenommen, ein bestimmtes Recht - qua materiellrechtliche Verweisung - Bestandteil des Vertrages werden zu lassen³⁷⁹.

Ausnahmsweise mag es vorkommen, dass der Entscheid über die intertemporalrechtliche Frage nicht der *lex causae* überlassen wird. Das kann insbesondere dort der Fall sein, wo eine ausländische Regelung hinsichtlich der Rückwirkung eines Gesetzes gegen den einheimischen *Ordre public* verstößt³⁸⁰. Betont muss aber werden, dass es sich hierbei nur um die Ausnahme handeln darf; grundsätzlich ist die fremde Wertung, die Ausdruck in den Normen über die Rückwirkung findet, zu beachten. Im weiteren ist denkbar, dass der *lex causae* keine Bestimmungen des zeitlichen Kollisionsrechts entnommen werden können (auch der Gerichtspraxis nicht). Diesfalls wird man sich am intertemporalen Recht der *lex fori* zu orientieren haben³⁸¹.

379 Vgl. Niederer 362; Neuhaus, Grundbegriffe 261; Schnitzer, Zeitliche Grenzen 321 f (in gewissem Widerspruch zu Schnitzer, Handbuch I 197 f); Grodecki 15; Gavalda 334 ff. Wie hier jetzt auch Reithmann 21 f.

380 U.a. Gavalda 325 ff.

381 Gavalda 324 meint, dass ein Fehlen von fremdem Uebergangsrecht kaum vorstellbar sei: "Or, il est difficile d'imaginer que le droit étranger ne comporte aucun système transitoire spécial ou général. Presque tous les Codes étrangers contiennent de telles dispositions." - Von hierher scheint es denn gewagt, wenn KNITTEL auf Grund der Ausnahmen von der Beachtung fremden Intertemporalrechts den kapriziösen Versuch unternimmt, die Grundlage der Fremdrechtsanwendung in Frage zu stellen und einer Rezeptionstheorie das Wort zu reden (Knittel 55 ff, insbes. 59 f). Zuzugeben ist KNITTEL, dass die Fremdrechtsanwendung gegenüber der Anwendung einheimischen Rechts Besonderheiten aufweist, die bisweilen Anpassungen und Ersatzlösungen nötig machen. Das aber genügt noch nicht für die Annahme einer formellen Rezeption fremden Rechts.

2. Mögliche Normgruppen³⁸²

Innerhalb der zuständigen Rechtsordnung sind alle Rechtsquellen beizuziehen, die zur konkreten Rechtsfrage eine Antwort enthalten. Die rechtsanwendende Behörde hat sämtliche Regeln zu berücksichtigen, die Rechtsnormcharakter (im Sinne der faktischen Geltung) haben. Neben den eigentlichen Rechtsquellen umfasst die Verweisung auch die sog. Rechtsanzeichen. Nach KEGEL enthalten Rechtsanzeichen die Regeln und Umstände, welche für die Auslegung und Fortbildung des Rechts massgebend sind³⁸³. Es wird später zu zeigen sein, dass den fremden Rechtsanzeichen nicht immer dieselbe Verbindlichkeit innewohnt wie den fremden Rechtsquellen.

a. Gesetzesrecht

Als Rechtsquellen stehen die Gesetze im Vordergrund. Ihnen kann häufig, wenn auch zumeist in Verbindung mit der einschlägigen Rechtsprechung, eine Antwort entnommen werden. Das Gesetz ist indessen nicht ausschliesslich Rechtsquelle. NEUMAYER schreibt dazu lapidar³⁸⁴: "Die alte Gleichung 'Recht = Gesetz' gilt schon lange nicht mehr."

b. Gewohnheitsrecht

Als Rechtsquelle ist ausländisches Gewohnheitsrecht anzuwenden³⁸⁵, wenn es den Anforderungen entspricht, die die fremde Rechtsordnung für die

³⁸² Zur Ermittlung dieser Normen siehe 2. Abschnitt § 2 III.

³⁸³ Kegel, Kolloquium Max-Planck-Institut 173; ders., Internationales Privatrecht 229; ders. in Soergel/Siebert N 98 vor Art. 7.

³⁸⁴ Neumayer, Fremdes Recht 412.

³⁸⁵ Kegel in Soergel/Siebert N 95 vor Art. 7; Schwind, Handbuch 40.

Annahme von Gewohnheitsrecht enthält. Zwar kann unter Gewohnheitsrecht im weitesten Sinne "der gesamte Bereich des gesetzlich nicht oder nicht voll erfassten Rechts"³⁸⁶ verstanden werden. Einer Rechtsordnung ist es jedoch unbenommen, mehr oder weniger strenge Voraussetzungen an den Gewohnheitsrechtsbegriff zu stellen³⁸⁷. Auch kann die Antwort darauf verschieden ausfallen, ob Gewohnheitsrecht nur subsidiär zur Ausfüllung von Gesetzeslücken angenommen werden darf - oder ob auch gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht zulässig ist³⁸⁸. Die Bedeutung des Gewohnheitsrechts für die Fremdrechtsanwendung ist gering. Dies gereicht zum "Vorteil" der Ermittlung, ist doch die Feststellung fremden Gewohnheitsrechts mit besonderen Schwierigkeiten verbunden³⁸⁹.

c. Richterrecht

Wo die (höchstrichterliche) Rechtsprechung - wie im englischen Recht - Rechtsquelle ist, muss sie angewendet werden³⁹⁰. Gleiches gilt, wenn die Rechtsprechung in einem Lande, wo sie grundsätzlich nicht objektives Recht darstellt, sich zu Gewohnheitsrecht verfestigt³⁹¹. Ebenso ist zu verfahren,

386 Meier-Hayoz N 233 zu ZGB 1.

387 Zum in der Schweiz geltenden Begriff Meier-Hayoz N 233 ff zu ZGB 1.

388 Hiezu Meier-Hayoz N 243 ff zu ZGB 1.

389 Vgl. dazu Geisler 179; Langenbeck 136 ff u. 152 ff; Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 102; Meier-Hayoz N 241 zu ZGB 1 (Ermittlung in reinen Inlandfällen).

390 Kegel in Soergel/Siebert N 95 vor Art. 7; Kahn-Freund, General Problems 446 f.

391 Melchior 88; Meier-Hayoz N 248 ff zu ZGB 1. Ein Beispiel hiefür ist nach Karl Oftinger, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (2.A. Zürich 1973) 103 f die zulässige Berufung auf Grundlagenirrtum neben oder statt der Geltendmachung der Gewährleistung wegen Mängeln der Kaufsache: "Das Bundesgericht hat es während Jahrzehnten so oft als zulässig bezeichnet, sich sowohl auf Grundlagenirrtum wie auch auf Gewährleistung zu berufen, dass diese Lösung heute eine Norm des Gewohnheitsrechts darstellt."

wenn der fremde Richter *modo legislatoris* in Ausfüllung von Gesetzeslücken generell-abstrakte Regeln aufgestellt hat (ZGB I II u. III). Zwar besteht auch bei dieser freien Rechtsfindung keine unbedingte Befolgungspflicht gegenüber den Präjudizien³⁹², doch darf (innerstaatlich) nur ausnahmsweise davon abgewichen werden. Umso mehr ist eine grundsätzliche Verbindlichkeit solcher Präjudizien für die Fremdrechtsanwendung anzunehmen³⁹³.

Ist die Rechtsprechung im Rahmen der *lex causae* nicht eigentliche Rechtsquelle, muss sie gleichwohl als Rechtsanzeichen berücksichtigt werden³⁹⁴. Denn auch so ist sie häufig der Ort, wo die entscheidende Rechtsgestaltung und -fortbildung stattfindet. Damit zeigt sich, dass die Grenze zwischen Präjudizien mit und solchen ohne Normcharakter fließend wird. In der praktischen Fremdrechtsanwendung ist der Unterschied der "binding force" und der "persuasive force" von Gerichtsurteilen nur selten von Bedeutung³⁹⁵.

d. Transnationales Recht

Nach der herkömmlichen Rechtsquellenlehre sind internationale Handelsgewohnheiten - wie die "Incoterms", die "Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive" usw. - als solche keine Rechts-

392 Meier-Hayoz N 474 ff, 505 f u. 510 f zu ZGB I.

393 Zur Verbindlichkeit der fremden Rechtsprechung vgl. im übrigen hinten § 2 I. 2.

394 Kegel in Soergel/Siebert N 99 vor Art. 7; Schwind, Handbuch 63 f; Melchior 88.

395 Zajtay, Beiträge zur Rechtsvergleichung 78 ff (82); zur Entwicklung des Richterrechts im Common Law und in den kontinentaleuropäischen Rechten in neuerer Zeit. - Mit seiner "Theorie der Fallnorm" möchte FIKENTSCHER den unterschiedlichen Rechtsquellencharakter von Gesetzesrecht und Richterrecht überwinden. Die Theorie besteht durch ihre Ausrichtung auf die zentrale Frage, nämlich den Kreis der anwendbaren Normen; siehe Wolfgang Fikentscher, Eine Theorie der Fallnorm als Grundlage von Kodex- und Fallrecht (code law and case law), in: Zeitschrift für Rechtsvergleichung 21 (1980) 161 - 174, insbes. 169 f u. 172.

quellen. Auf Grund der kollisionsrechtlichen Anknüpfung können sie demzufolge nur beachtet werden, wenn sie Teil der materiellen *lex causae* geworden sind, beispielsweise durch Bildung von Gewohnheitsrecht³⁹⁶. So zutreffend das sein mag, die Praxis verläuft doch vielfach an dieser kollisionsrechtlichen Betrachtungsweise vorbei. Durch (materiellrechtliche) Verweisungen auf einschlägige Handelsregeln und durch Statuierung einer eigenen *lex fori* für Schiedsgerichte wird die Anwendung eines "internationalen" transnationalen Rechts verselbständigt. Auch wird festgestellt, dass Verhaltensrichtlinien für den Wirtschaftsverkehr, die beispielsweise von der OECD, der Internationalen Handelskammer oder auf UN-Ebene aufgestellt werden, nicht ohne normative Wirkung für die einzelstaatliche Gesetzgebung und Praxis^{396a} sind. Das hat zu einem Grundsatzstreit über die Stellung des internationalen Wirtschaftsrechts geführt³⁹⁷. Diese Auseinandersetzungen können hier nicht weiterverfolgt werden. Es bleibt einzig festzuhalten, dass transnationales Recht mindestens dann als Rechtsquelle zur Anwendung gelangt, wenn es Bestandteil des fremden staatlichen Rechts ist. Darüber hinaus muss es als Rechtsanzeichen oder auf Grund einer materiellrechtlichen Verweisung berücksichtigt werden.

e. Einheitsrecht

Die *lex causae* beantwortet die gestellte Rechtsfrage heute noch überwiegend auf Grund ihres autonomen Rechts. Das mag sich ändern. Bei der wachsenden Internationalisierung des Verkehrs und der damit einhergehenden Annäherung von Rechtspositionen wird eine zunehmende Vereinheitlichung

396 Kegel, Internationales Privatrecht 47; Ferid, Internationales Privatrecht 51.

396a Ein Beispiel siehe in BGE 104 II 275 (mit Hinweisen auf weitere Entscheide).

397 Vgl. u.a. Horn 424, 446 ff, 450; Christian Joerges, Vorüberlegungen zu einer Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts, in: *RabelsZ* 43 (1979) 6 - 79 (39 ff); Eugen Langen, Vom Internationalen Privatrecht zum Transnationalen Handelsrecht, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 22 (1969) 358 - 360; ders., Transnationales Handelsrecht, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 22 (1969) 2229 - 2233.

auch des Sachrechts absehbar. Vermehrt ist materielles Einheitsrecht Bestandteil der anwendbaren Rechtsordnung und somit für die Beantwortung der Rechtsfrage zuständig. Als Beispiele seien genannt: die Einheitlichen Kaufgesetze v. 1.7.1964, das Einheitliche Wechselgesetz v. 7.6.1930 und das Einheitliche Scheckgesetz v. 19.3.1931 sowie verschiedene Abkommen auf dem Gebiet des internationalen Transportrechts³⁹⁸. Auch die schweizerische Praxis wird vermehrt mit solchem Einheitsrecht zu tun haben. Ein interessanter Fall wurde vor einiger Zeit der eidgenössischen Justizabteilung zur Begutachtung vorgelegt³⁹⁹. In einem Rechtsverhältnis zwischen einem Verkäufer mit Sitz in Belgien und einem Käufer mit Sitz in der Schweiz ging es um die Frage von Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages durch den Verkäufer. Nach dem Haager Kaufrechtsabkommen v. 15.6.1955, dem auch die Schweiz angehört, war das "innerstaatliche Recht" von Belgien anwendbar. Darunter sind nicht nur die Bestimmungen des autonomen belgischen Zivilrechts zu verstehen, sondern auch die Vorschriften des "Haager Übereinkommens vom 1. Juli 1964 über ein einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen" (Einheitliches Kaufgesetz). Diesem Einheitsgesetz gehört Belgien seit dem 15. Juli 1970 an. Ohne Bedeutung ist der Umstand, dass die Schweiz diesem (sachrechtlichen) Übereinkommen nicht beigetreten ist. Das Einheitliche Kaufgesetz war in Belgien als "loi uniforme" Bestandteil des belgischen Vertragsrechts geworden; es musste deshalb in casu beigezogen werden.

Ziel der Anwendung materiellen Einheitsrechts ist die einheitliche Auslegung der betreffenden Übereinkommen. Dieser Grundsatz wird von KROPHOLLER als "Prinzip des internationalen Rechtsanwendungseinklanges

398 Eine umfassende Sammlung der Quellen zum Einheitsrecht findet sich in K. Zweigert / J. Kropholler, Quellen des internationalen Einheitsrechts, 3 Bde und 1 Supplement (Leiden 1971 - 1973). Die wichtigsten Konventionen des materiellen Einheitsrechts sind aufgeführt bei von OVERBECK in: Annuaire de l'Institut de Droit international 58 (1979) Bd. I 189 - 192 (vgl. hienach). Zu Bestrebungen im Familienrecht siehe die Hinweise bei Neuhaus, Neue Wege 402 Anm. 8. - Kodifikationsprobleme und Anwendungsbedingungen von Einheitsrecht haben jüngst das Institut de Droit international beschäftigt; vgl. dessen Annuaire 58 (1979) Bd. I 97 - 192 (Rapporteur: Prof. Alfred E. von OVERBECK).

399 Siehe VPB 1978 Nr. 52 (Gutachten der Justizabteilung vom 12.1.1977).

oder der Rechtsanwendungsgleichheit" umschrieben^{399a}. Die Auslegung von Einheitsrecht weicht in manchen Punkten von der Auslegung einzelstaatlichen Rechts ab und erfährt dieser gegenüber bestimmte Akzentverschiebungen. Von besonderer Bedeutung für die Auslegung von Staatsverträgen ist deren Wortlaut. Eine grammatikalische Interpretation hilft verhindern, dass die beteiligten Rechtsordnungen sogleich in eigene Textverständnisse verfallen. Im weiteren kommt der historischen Auslegung besonderes Gewicht zu. Die angestrebte einheitliche Rechtsanwendung lässt sich am ehesten verwirklichen, wenn man sich an den auf einem Konsens beruhenden Vorstellungen des Normgebers orientiert. Hiefür sind die einschlägigen Materialien beizuziehen, etwa die "Actes et Documents" der Haager Konferenz. Die teleologische Auslegung, der auch bei der Anwendung von Einheitsrecht grundlegende Bedeutung zukommt, hat in besonderem Masse das Ziel der Rechtsanwendungsgleichheit vor Augen zu halten. Zu diesem Zweck müssen stets auch Rechtsprechung und Doktrin anderer Vertragsstaaten berücksichtigt werden.

II. Oeffentlichrechtliche Normen

In zunehmendem Masse findet sich eine Antwort auf die konkrete Rechtsfrage nicht nur in den privatrechtlichen Normen der *lex causae*. Auch öffentliches Recht beeinflusst die Beziehungen der Privatrechtssubjekte. Es fragt sich, wieweit privatrechtsgestaltendes öffentliches Recht der fremden Rechtsordnung unter die Verweisung des IPR fällt.

399a Kropholler in J. v. Staudinger / D. Henrich / J. Kropholler, Kommentar Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Teil 4 a Haager Kindschaftsrecht; Art. 18 und 19 (10./11. A. Berlin 1979) N 6 Vorbem. zu Art. 18; die folgenden Ausführungen basieren auf dieser Kommentierung von KROPHOLLER (N 7 - 15 Vorbem. zu Art. 18). Grundlegend zur Auslegung von Einheitsrecht sodann Kropholler, Einheitsrecht 258 ff.

1. Öffentliches Recht und Privatrecht

a. Zum Begriff des öffentlichen Rechts in der Fremdrechtsanwendung

Es ist eine Binsenwahrheit, dass öffentliches Recht und Privatrecht nicht klar abgegrenzt werden können. In vielen Rechtsordnungen spielt denn auch die Unterscheidung keine oder eine unbedeutende Rolle. Liesse sich eine eindeutige Zweiteilung finden, könnte diese allenfalls für das Internationale Privatrecht berücksichtigt werden.

Seit den Römern sind die verschiedensten Theorien entwickelt worden, Unterscheidungskriterien für die Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht zu finden. Für die Fremdrechtsanwendung sind, wie sich zeigen wird, insbesondere zwei Ansatzpunkte von Bedeutung. Zum einen die Unterscheidung auf Grund der im Spiel stehenden Interessen. Danach sind privatrechtlich jene Normen, die in erster Linie den Schutz privater Interessen im Auge haben; öffentlichrechtlich dagegen die Normen, die im Interesse der Allgemeinheit aufgestellt sind⁴⁰⁰. Diese Unterscheidung liefert nicht mehr als eine manchmal brauchbare Leitlinie, ohne im einzelnen Abgrenzungshilfe leisten zu können. Sodann ist unterschieden worden nach dem Geltungsgrad von Rechtsnormen. Danach zeichnet sich das Privatrecht durch den nachgiebigen Charakter seiner Bestimmungen aus (ius dispositivum), während das öffentliche Recht zwingend ist (ius cogens)⁴⁰¹. Diese Theorie mag ihren Beitrag an die Lehre vom (privatrechtlichen) Rechtsgeschäft geleistet haben. Längst aber hat sich gezeigt, dass das staatliche (öffentliche) Recht auch den Verkehr der Privatrechtssubjekte mit zwingenden Bestimmungen beeinflusst. Letzteres wird deswegen nicht vom Privatrecht ausgenommen⁴⁰². Hierher gehören beispielsweise die klassischen Schutznormen gegenüber Drohung, Täuschung und Uebervorteilung⁴⁰³. Weitere solche Bestimmungen sind über

400 Heiz 87.

401 Heiz 87 sowie grundlegend z.B. Walther Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft (Nachdruck der 2.A. Zürich 1971) 136 ff (143).

402 Burckhardt a.a.O. (Anm. 401) 140.

403 Schulze 29.

das ganze Gebiet des Privatrechts verteilt. Und durch Gesetzesnovellen treten laufend neue hinzu, die vielfach als Reaktionen auf Missbräuche im Wirtschaftsverkehr erlassen werden. Umgekehrt ist darauf hingewiesen worden, dass öffentliches Recht nicht in jedem Fall zwingend zu sein braucht. So ist § 244 des deutschen BGB eine Norm des öffentlichen Währungsrechts, die aber dispositiven Charakter hat⁴⁰⁴. Die Unterscheidung nach dem "zwingenden" oder "dispositiven" Charakter von Rechtsnormen trägt also auch nicht viel zur Klärung bei.

Gleichwohl muss angegeben werden, was hier unter fremdem öffentlichen Recht verstanden wird. Es sollen jene Vorschriften gemeint sein, die um der öffentlichen Ordnung willen gestaltend in den Verkehr der Privatrechtssubjekte eingreifen. Mehr als um einen Sammelbegriff, der zu propädeutischem Zweck skizziert wird, kann es sich nicht handeln. LALIVE hat das in seinen Grundlagenforschungen zuhanden des Institut de Droit international verschiedentlich unterstrichen. Nach ihm geht es um jene Normen der fremden Rechtsordnung, die gemeinhin als "lois d'application immédiate" oder als "lois de police" bezeichnet werden⁴⁰⁵. Erfasst sind indessen auch fremde Bestimmungen des öffentlichen Rechts, die nicht Ordre public-Charakter aufweisen. SCHULZE versteht unter einer privatrechtsgestaltenden Norm öffentlichen Rechts einen "Rechtssatz oder eine Regelung irgendeines öffentlichen Rechts im Verein mit ihrer privatrechtlichen Rechtsfolge, die sie innerhalb von Privatrechtsverhältnissen auslösen soll"⁴⁰⁶. Der Kreis solcher Eingriffsnormen ist möglichst weit zu ziehen.

In diesem Abschnitt geht es ausschliesslich um das privatrechtsgestaltende öffentliche Recht der lex causae. Nicht behandelt werden also Fragen der Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen eines Drittstaates. Auf sie

404 Schulze 44 f. Abs. 1 von § 244 des BGB lautet: "Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inlande zu zahlen, so kann die Zahlung in Reichswährung erfolgen, es sei denn, dass Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist." Dieser Bestimmung entspricht OR 84 II.

405 Lalive, Droit public étranger 216. LALIVE möchte diese zusammenfassen unter den "lois de droit public".

406 Schulze 23.

ist später einzugehen, da sie nicht nur und nicht spezifisch ein Problem der Anwendung fremden öffentlichen Rechts sind⁴⁰⁷.

b. Sog. "publicisation" des Privatrechts

Kein Versuch, öffentliches Recht und Privatrecht voneinander abzugrenzen, konnte bisher befriedigen. Das brachte solange keine grossen Schwierigkeiten mit sich, als der Handelsverkehr den Privaten überlassen wurde. Staatliche Tätigkeit liess sich auf ursprüngliche, hoheitliche Funktionen beschränken. Änderungen ergaben sich erst mit dem Funktionswandel von Staat und Öffentlichkeit, als der Staat sich gezwungen sah, gestaltend und partnerschaftlich in den Verkehr der Privatrechtssubjekte einzugreifen⁴⁰⁸. Der moderne Sozialstaat ist Vorsorgestaat in einem weiten Sinne, indem er dem Einzelnen mit flankierenden Massnahmen die Entfaltung seiner (wirtschaftlichen) Persönlichkeit ermöglichen will. Ein solcher Funktionswandel hat Auswirkungen auf Gesetzgebung und Rechtsanwendung. Um sich das nötige Instrumentarium zu verschaffen, setzt der Staat als Lenkungsmittel u.a. das Privatrecht ein. Er durchdringt dieses mit Normen des sog. öffentlichen Rechts, sei es durch Erlass selbständiger Gesetze oder durch Ergänzung bestehender Kodifikationen⁴⁰⁹. Diesen Vorgang nennt man "Sozialisierung des Privatrechts" oder "publicisation du droit privé"⁴¹⁰. Er zeitigt seine Wirkungen auch auf dem Gebiet der Fremdrechtsanwendung.

Solange sich der Staat von Eingriffen in den Wirtschaftsverkehr der Privatrechtssubjekte fernhielt, brauchte fremdes öffentliches Recht nur

407 Lalive, *Droit public étranger* 224; Vischer, *Internationales Vertragsrecht* 188 ff; Toubiana 232. Zu dieser Frage siehe hinten § 4 II.

408 Bucher, *Grundfragen* 46 f; Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (5.A. Neuwied/Berlin 1971) 172 ff.

409 Beispiel für die Ergänzung bestehender Gesetze: Kündigungsschutz im schweizerischen Mietrecht durch Erlass von OR 267a ff (in Kraft seit 19. Dez. 1970).

410 Batiffol, *Coordination des systèmes* 199; Vischer in *Freiburger Kolloquium* 3; Neuhaus, *Grundbegriffe* 40.

"ausnahmsweise" angewendet zu werden. Solche Ausnahmen musste auch das Dogma von der Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts⁴¹¹ zugestehen. Ohne Zweifel gehören folgende Bereiche dem öffentlichen Recht an und wurden trotzdem seit je berücksichtigt: fremde Staatsangehörigkeitsgesetze⁴¹², notarielle Beurkundungen und andere öffentlichrechtliche Form-erfordernisse für das gültige Zustandekommen von Rechtsgeschäften⁴¹³, ausländische Bau- und Verkehrsregeln bei der Beurteilung von Schadenersatzforderungen⁴¹⁴, Identität einer fremden Währungseinheit nach ausländischer lex monetae⁴¹⁵ usw. Die zunehmende "publicisation" des Privatrechts bringt immer neue Ausnahmen von der Nichtanwendung mit sich. So gibt es viele Eingriffsnormen in den modernen Gesetzgebungen, die das Arbeitsvertragsrecht, das Mieterschutzrecht, das Konsumkreditrecht, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ähnliches zum Gegenstand haben. Es wäre müssig, hier unterscheiden zu wollen zwischen zwingendem "Privatrecht" und öffentlichrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der "öffentlichen Ordnung"⁴¹⁶. Gehörten diese Normen je nach Qualifikation dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht an? Wären sie im einen Fall anzuwenden, im andern nicht? Vor dem Hintergrund des modernen Rechts, das in zunehmendem Masse gestaltend und planend in die Beziehungen der Privatrechtssubjekte eingreift, ist die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht nicht mehr haltbar⁴¹⁷. Erfordernisse der Methodenehrlichkeit zwingen dazu, diese Entwicklung auch im Rahmen der Fremdrechtsanwendung zu beachten. Eine Regelung, die fremdes öffentliches Recht nur "ausnahmsweise" anwenden will, ist überholt.

411 Vgl. hienach 2.

412 Lalive, Droit public étranger 221; Schnitzer, Handbuch Bd. I 192; Kegel, Organisation 453; Neuhaus, Besprechung von Cornils, Fremdrechtsanwendung in RabelsZ 43 (1979) 222.

413 Lalive a.a.O. (Anm. 412).

414 Schnitzer a.a.O. (Anm. 412).

415 Mann, Eingriffsgesetze 188.

416 An einer solchen Unterscheidung scheint aber Schulze 34 ff festhalten zu wollen.

417 Kropholler, Schutz der schwächeren Vertragspartei 652; Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht 193 (ff); Lalive, Droit public étranger 221.

2. Die Lehre von der Nichtanwendung ausländischen öffentlichen Rechts und deren Kritik

Traditionellerweise haben es Lehre und Rechtsprechung im allgemeinen abgelehnt, fremdes öffentliches Recht anzuwenden. Zur Begründung wurde vorgebracht, die kollisionsrechtliche Verweisung umfasse ausschliesslich das fremde Privatrecht. Verschiedene Argumente sollten das Dogma von der Nichtanwendung stützen; sie sind im folgenden näher zu betrachten⁴¹⁸.

a. Territorialität des öffentlichen Rechts

Der Begriff "Territorialität des Rechts" ist mehrdeutig⁴¹⁹. Im hier relevanten Sinne meint er eine Beschränkung der Rechtswirkungen auf das Territorium, in welchem die Rechtsnormen erlassen sind. Der Satz von der Territorialität des öffentlichen Rechts besagt danach, dass das öffentliche Recht eines Staates von sich aus keine Wirkungen in einem fremden Staat zu entfalten vermag. Dieser Satz ist richtig, soweit er die "Möglichkeit der Durchsetzung mit hoheitlichem Zwang (einschliesslich der gerichtlichen Einklagung)" betrifft⁴²⁰. Das bedeutet aber nicht, dass einem Recht jede Einwirkungsmöglichkeit auf fremdes Territorium genommen ist. Auf dem Gebiet des IPR kann eine Privatrechtsordnung durch fremdes Kollisionsrecht zur Anwendung bestimmt werden. Diesfalls ist unbestritten, dass die *lex causae* (formell) ebenso nicht von sich aus zu wirken vermag. Gleichwohl

418 Zur Lehre von der Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts sowie zur Auseinandersetzung mit dieser Lehre siehe Lalive, *Droit public étranger* 217 ff; ders., *Droit public étranger* / Session de Wiesbaden 222 ff; ders., *Sur l'application* 108 ff; Schulze 46 ff; Heiz 54, 68 ff u. 157 ff (mit Kritik an HEIZ, soweit es um dessen völkerrechtlichen Ansatz geht; Schulze 94 f); Bucher, *Grundfragen* 89 ff; Schulte 54 ff; Mann, *Conflict of Laws and Public Law* 182 ff; Toubiana 171 ff; Schwander 65 ff; Bär 290 ff; Hans-Ulrich Stucki, *Der Grundsatz der Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts im schweizerischen Internationalen Privatrecht* (Diss. Zürich 1971).

419 Mögliche Begriffsdeutungen siehe bei Schulze 50 ff; Heiz 70 ff; Lalive, *Sur l'application* 117 f.

420 Neuhaus, *Grundbegriffe* 183; siehe auch Heiz 71 f.

überlässt man ihr den Sachentscheid nach erfolgter kollisionsrechtlicher Berufung. Den gleichen Anknüpfungsmechanismus versagt jedoch die Lehre von der Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts diesem gegenüber. Dabei wird argumentiert, öffentliches Recht sei nur für die betreffende Rechtsordnung erlassen worden; und jedes IPR gehe stillschweigend von einer solchen Selbstbeschränkung aus. Wollte aber ein Recht diese "autolimitazione" sprengen, würden dem die über die Rechtsanwendung entscheidenden Internationalprivatrechte nicht folgen. Diese Begründung ist kaum stichhaltig. Wie das öffentliche Recht, wird auch das Privatrecht vorerst im Hinblick auf die *lex causae* erlassen. Beiden kann - von Ausnahmen abgesehen - gleich viel oder gleich wenig entnommen werden, wieweit sie im Ausland wirken möchten⁴²¹. Von daher besehen darf das Argument der Territorialität des Rechts nicht einseitig nur gegenüber "öffentlichrechtlichen" Bestimmungen vorgebracht werden. - Die heutige Lehre stützt sich kaum mehr auf den sog. territorialen Charakter öffentlichen Rechts.

b. "Lois politiques"

Die Nichtanwendbarkeit fremden öffentlichen Rechts ist von einem Teil der Lehre mit dessen "politischem Charakter" begründet worden. Öffentlichrechtliche Gesetzgebungen - beispielsweise auf dem Gebiet der öffentlichen Finanzen - verfolgten primär politische Zwecke und seien im Rahmen des IPR, welches das "apolitische" Privatrecht zum Gegenstand habe, unbeachtlich. Dieser Auffassung wurde zurecht entgegengehalten, das "politische Gesetz" sei ein schillernder Begriff und nicht definierbar; damit könne keine

421 Mann, *Conflict of Laws and Public Law* 188 u. 190; Flessner 560. Nach Lalive, *Droit public étranger* 228 f. betreffen die Fragen der "autolimitation" in gleichem Masse öffentliches Recht und Privatrecht. Von der "Natur der Sache" und von den Rechtsfragen des IPR her kommt es allerdings häufiger vor, dass öffentliches Recht auf den angestammten Wirkungsbereich innerhalb der *lex causae* beschränkt bleibt. So wird das öffentliche Beamtenrecht in der Fremdrechtsanwendung kaum eine Rolle spielen. Die Frage der quantitativen Bedeutung darf jedoch nicht mit der dogmatischen Frage der Wirkungsweise fremden öffentlichen Rechts verwechselt werden; dazu Lalive, *Droit public étranger* 240. - Zur "autolimitation" oder "autolimitazione" im allgemeinen vgl. hinten bei Anm. 524 ff.

Abgrenzungshilfe gegenüber dem "apolitischen" Privatrecht geleistet werden⁴²². Jede Rechtsnorm erfüllt eine politische Funktion. Verschieden ist allenfalls der Grad der politischen Bedeutung von Normen. Die Charakterisierung eines Gesetzes als "loi politique" kann deshalb für die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht nicht brauchbar sein⁴²³.

c. Privatrechtsfremde Interessen des öffentlichen Rechts

In der Doktrin ist vorgeschlagen worden, öffentliches Recht aufzuspalten in Normen, die dem Privatrecht "dienen", und in solche mit privatrechtsfeindlichem Charakter. Letztere seien nicht zu berücksichtigen, während die dem Privatrecht dienenden Bestimmungen des fremden öffentlichen Rechts angewandt werden müssten. Ein Vertreter der Theorie von den zwei Arten öffentlichen Rechts ist NIEDERER; er schreibt⁴²⁴:

"Das öffentliche Recht der vom internationalen Privatrecht der lex fori als zuständig bezeichneten Rechtsordnung ist vom Richter nur soweit kraft der privatrechtlichen Verweisung zu beachten, als es mittelbar oder unmittelbar dem privaten Rechtsverhältnis dient. Denn die Verweisung des internationalen Privatrechts bezeichnet nur die privatrechtlich zuständige Rechtsordnung. ... Die privatrechtliche Kollisionsnorm umfasst m.a.W. nur jene unmittelbar ins Privatrecht eingreifenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, die das Privatrecht fördern, - nicht aber die Vorschriften, die zerstörend (spoliativ, konfiskatorisch usw.)

422 Lalive, Droit public étranger 230 f; ders., Sur l'application 119 ff; Schulze 52 f; Heiz 115 ff; Toubiana 182 ff; Mann, Eingriffsgesetze 195.

423 Der rechtspolitische Gehalt von Normen ist natürlich auch innerhalb der Fremdrechtsanwendung nicht unbeachtlich. So wird kein IPR auf den Vorbehalt des Ordre public verzichtet, um fremden Rechtsnormen die Anwendung zu verweigern, wenn diese zusehr von den politischen Grundanschauungen der lex fori abweichen. (Zur diesbezüglichen Verwandtschaft der Theorie von den "lois d'application immédiate" und der Auffassung der "lois politiques" vgl. Lalive, Sur l'application 123 f.) Dieser Umstand darf jedoch nicht dazu verleiten, eine Theorie der A priori-Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts auf der Grundlage der "lois politiques" entwickeln zu wollen.

424 Niederer 309 u. 310.

ins Privatrecht eingreifen. So sind z.B. währungsrechtliche Bestimmungen der *lex obligationis*, die ändernd in das Schuldverhältnis eingreifen, kraft einer international-privatrechtlichen Verweisung anwendbar - es sei denn, es handle sich um spoliative Eingriffe wie Aufhebung der Goldklauseln in privaten Verträgen, usw."

Diese Auffassung hat das Verdienst, einen Versuch zur Ueberwindung der A priori-Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts geleistet zu haben. Sie fragt nach der Funktionalität fremder Rechtsnormen im Hinblick auf die konkrete Rechtsfrage. Offensichtlich ist auch, dass jede Theorie, die fremdes öffentliches Recht nur teilweise oder überhaupt nicht anwenden will, auf eine Abgrenzung mit Hilfe solcher Kriterien angewiesen ist. Im weiteren kann nicht geleugnet werden, dass - bei grundsätzlicher Anwendung auch des fremden öffentlichen Rechts⁴²⁵ - ähnliche Ueberlegungen eine Rolle spielen, und zwar bei der möglichen Anrufung des einheimischen *Ordre public*! Das vermag aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass diese Unterscheidung nicht (mehr) befriedigt. Das Kriterium des "dienenden" Charakters ist in vielen Fällen für eine Abgrenzung zu vage. So kann beispielsweise gefragt werden, wem die Gesetzgebung im Vormundschafswesen dienlich ist - dem wirtschaftlichen Wohlergehen des Einzelnen oder dem Schutz der öffentlichen Ordnung⁴²⁶? Die Ueberschneidung von Privatrecht und diesem mehr oder weniger dienendem öffentlichen Recht charakterisiert zunehmend die moderne Gesetzgebung. Es lässt sich kaum mehr eindeutig feststellen, welchen Interessen das öffentliche Recht "dient" und welche Zwecke es "fördert". "Im Sozialstaat ist deshalb eine exakte Grenzziehung zwischen öffentlichem Wohl und privatem Interessenausgleich nicht möglich."⁴²⁷ Die moderne Lehre wendet sich gegen eine Unterscheidung von "privatrechtsdienendem" und "anderem" öffentlichen Recht⁴²⁸.

425 Dazu hienach 3.

426 LAUTERPACHT bei Lalive, *Droit public étranger* 231 f.

427 v. Hoffmann 408.

428 Lalive, *Droit public étranger* 231 ff; ders., *Droit public étranger* /Session de Wiesbaden 226 f (mit Hinweis auf abweichende Meinungen innerhalb der Kommission, die die Resolution des Institut de Droit international vorzubereiten hatte); v. Hoffmann 408; Schulze 54 (in gewissem Widerspruch zu 34 ff); Heiz 120 ff; Schwander 68 f (mit weiteren Hinweisen); Bucher, Grundfragen 91 f; Schlussbericht 31 f.

Die Theorie der zwei Arten öffentlichen Rechts liegt auch der Praxis des Bundesgerichts zugrunde. Im Entscheid 74 II 224 (229) hatte das BGr. noch lapidar erklärt: "Öffentliches Recht eines andern Staates ist in der Schweiz grundsätzlich nicht anwend- und vollziehbar." Interessant ist jedoch, dass das höchste Gericht Ausnahmen vom Grundsatz für unausweichlich hielt. So erachtete es fremdes öffentliches Recht für anwendbar, wenn es um den Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit geht oder ein Staatsvertrag das verlangt. In diesem Urteil hat das BGr. (unbemerkt) eine Formulierung gewählt, die den dogmatisch richtigen Weg zu einer kollisionsrechtlichen Beachtung fremden öffentlichen Rechts hätte ebnen können. Danach sind fremde öffentlichrechtliche Bestimmungen anwendbar, wenn "die schweizerische Rechtsordnung selbst darauf abstellen will"⁴²⁹. Ist letzteres nicht das Anliegen eines vorbehaltlosen kollisionsrechtlichen Befehls? - In BGE 79 II 87 (95) wurde die Frage gestellt, ob der im vorgenannten Entscheid "ausgesprochene Satz, dass öffentliches Recht eines andern Staates in der Schweiz grundsätzlich nicht anwend- und vollziehbar sei, nicht doch zu absolut und allgemein formuliert ist". Das BGr. liess die Frage offen⁴³⁰. Ein Jahr später, in BGE 80 II 53 (62) - Ammon gegen Royal Dutch Company -, hat das BGr. den Grundsatz der Nichtanwendung aufgegeben. Die relevante Entscheidstelle lautet:

"Es kommt ... auf den vorwiegenden Zweck einer ausländischen Norm an, die als Sondervorschrift in eine privatrechtliche Regelung eingreift. Solange ein solcher mit öffentlichrechtlichen Mitteln wirkender Eingriff in das Privatrecht oder in privatrechtliche Rechtsverhältnisse nur oder doch vorwiegend den Schutz privater Interessen (im Gegensatz zu unmittelbaren staatlichen Bedürfnissen) bezweckt, besteht kein Grund für den schweizerischen Richter, derartiges fremdes öffentliches Recht bloss wegen seiner Rechtsnatur abzulehnen."

429 BGE 74 II 229.

430 Die in diesem Entscheid in den Vordergrund gerückte Frage nach der Qualifikation - öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Charakter eines Instituts - wird von Lalive, Droit public étranger 219 f kritisiert. LALIVE sieht darin nur eine "Verschleierung" des eigentlichen Problems, ob man fremdes öffentliches Recht mitberücksichtigen wolle oder nicht.

Damit hatte das BGr. die Unterscheidung von den zwei verschiedenen öffentlichen Rechten übernommen. Bei dieser Zweiteilung ist es bis heute geblieben, wenn sich auch das BGr. nicht mehr grundsätzlich damit befasst hat⁴³¹.

3. Anwendung auch des öffentlichen Rechts

a. Kollisionsrechtlicher Befehl

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass eine befriedigende Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht - oder von verschiedenen Arten des öffentlichen Rechts - nicht möglich ist. Es erscheint deshalb wenig sinnvoll, irgendeine A priori-Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts festlegen zu wollen⁴³². Dogmatisch vermag nur jene Lösung zu überzeugen, die die kollisionsrechtliche Verweisung auch auf öffentlichrechtliche Normen der lex causae bezieht. Diese Betrachtungsweise, die bei der Kollisionsnorm des IPR ansetzt, hat MANN wie folgt zum Ausdruck gebracht: "It is, accordingly, essential to start, not from the character of the foreign law, but from the conflict rule of the forum and to ask: what does it refer to? what is the law that it renders applicable? The answer is: the foreign law as a whole, in its entirety, as it is in force."⁴³³ Unter diesem Gesichtspunkt kann auch die in der Lehre umstrittene Frage offengelassen werden, wieweit es neben dem IPR ein internationales öffentliches Recht gibt. Bei der hier verfolgten Betrachtungsweise ist jedenfalls kein besonderes Kollisionsrecht erforderlich, das über die Anwendbarkeit der verschiedenen Öffentlichrechte zu befinden

431 Verweisungen auf diese Rechtsprechung siehe in BGE 82 I 196 (197 f) u. 95 II 109 (114). Zur bundesgerichtlichen Praxis im gesamten vgl. u.a. Lalive, *Droit public étranger* 220 ff.

432 Lalive, *Droit public étranger* 234 f.

433 Mann, *Conflict of Laws and Public Law* 190. Danach bedarf es auch nicht des "Umweges" über das "zivilrechtliche Wirkungsstatut", wie das Melchior 267 angenommen hat. Der "direkte" Weg zu fremdem öffentlichem Recht wie Privatrecht ist die einheimische Kollisionsregel.

hätte. Fremdes öffentliches Recht ist soweit anzuwenden, als es die konkrete Rechtsfrage beantwortet! Diese Rechtsfrage aber wird vorgegeben durch die Anknüpfung des privatrechtlichen IPR. Daraus ergibt sich von vornherein eine Beschränkung der Anwendung fremden öffentlichen Rechts. Oft wird die Rechtsfrage nämlich durch die Normen des "eigentlichen" Privatrechts beantwortet. Dieser Umstand rückt die Tragweite des kollisionsrechtlichen Befehls in die Nähe der Lehre, die nur privatrechtsdienliches öffentliches Recht anwenden will. Fremdes öffentliches Recht dürfte häufig dem Privatrecht "dienen", wenn es auf die gestellte Rechtsfrage Bezug nimmt. Umso mehr drängt sich die uneingeschränkte Beachtung des kollisionsrechtlichen Verweisungsbefehls auf.

Die hier vertretene Auffassung hat den Vorteil, nicht differenzieren zu müssen zwischen der "Anwendung" und der lediglichen "Berücksichtigung" ("prendre en considération") des fremden öffentlichen Rechts. Der kollisionsrechtliche Befehl verlangt die Anwendung fremden Rechts im technischen Sinne; d.h. nach erfolgter Subsumtion sind der zuständigen Sachnorm die Rechtsfolgen (uneingeschränkt) zu entnehmen. Demgegenüber lehnt die Lehre von der Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts eine solche Anwendung ab. Gleichwohl muss sie das öffentliche Recht bisweilen in Erwägung ziehen, "berücksichtigen". Das ist beispielsweise der Fall, wenn öffentlichrechtliche Ausfuhrverbote die Erfüllung eines Vertrages verunmöglichen. Durch eine derartige "Berücksichtigung" wird die Anwendung des zuständigen Rechts beeinflusst; d.h. die "Berücksichtigung" führt zu einer "Mit-Anwendung". Da ein klares Kriterium für die Abgrenzung von Anwendung und "Berücksichtigung" bisher nicht gefunden wurde, wird eine solche Differenzierung allgemein abgelehnt⁴³⁴. Sie erweist sich als überflüssig, geht man von einer umfassenden Verweisung der Kollisionsnorm aus.

434 Lalive, Droit public étranger / Session de Wiesbaden 230 ff (234); ders., Droit public étranger 236 ff; Bucher, Grundfragen 94; siehe auch Schulze 54 f. Eine Rolle mag die Unterscheidung allenfalls beim Problem der Sonderanknüpfung spielen; vgl. hinten § 4 II. 2. b. cc.

b. Vorbehalt des Ordre public

Die grundsätzliche Anwendung auch des fremden öffentlichen Rechts ruft nach einer Korrekturmöglichkeit für den Fall, dass der Normgehalt der betreffenden Bestimmungen im Widerspruch steht zu Grundanschauungen des einheimischen Rechts. Hiefür bedarf es der Anrufung des Ordre public⁴³⁵. Dieser erfährt dadurch als Vorbehaltsklausel eine gewisse Erweiterung. Das schafft solange keine grösseren Probleme, als über den Ordre public nicht wieder eine restriktive Anwendung fremden öffentlichen Rechts erzielt werden soll. Ist das nicht der Fall, sind die Schwierigkeiten der Konkretisierung der Vorbehaltsklausel dieselben wie in andern Fällen der Berufung des Ordre public. (Besonderheiten ergeben sich wohl erst in Zusammenhang mit Geltungsansprüchen von Rechten aus Drittstaaten - dazu hinten.) Demgegenüber ist in der Lehre die Auffangfunktion des Ordre public bei der Anwendung fremden öffentlichen Rechts verschiedentlich kritisiert worden⁴³⁶. Dieser Kritik liegt die Befürchtung zugrunde, es könnte zu einer zweckfremden Strapazierung des Ordre public-Begriffes kommen. Eine solche Erwartung ist nicht ganz unbegründet. Doch vermag sie die dogmatisch richtige Lösung nicht in Frage zu stellen. Diese erlaubt zudem die notwendig erscheinende Würdigung des Einzelfalles⁴³⁷.

435 BGE 80 II 53 (62); Lalive, Droit public étranger 242 f; ders., Droit public étranger / Session de Wiesbaden 224 ff; ders., Sur l'application 124 f; Toubiana 189 ff; Heiz 135 ff u. 144 ff.

436 Bucher, Grundfragen 93 f; Schulze 57 f - beide in Anlehnung an ZWEIGERT. BUCHER (a.a.O.) schreibt: Man komme "doch nicht darum herum, gewisse, diesmal aber an den konkreten Sachproblemen ausgerichtete Wertungsgrundsätze zur Bestimmung des vom Forum anerkannten Anwendungsbereichs ausländischen öffentlichen Rechts zu entwickeln, denn diese können dem Begriff des Ordre public selbst nicht entnommen werden." Und in der folgenden Anmerkung (a.a.O. Anm. 332): "Zudem müssen sie zur Entwicklung von Kollisionsnormen führen, die alsdann den Ordre public ohnehin überflüssig machen." Man kann BUCHER in beidem zustimmen, nur gelten seine Ausführungen für die Problematik des Ordre public schlechthin. Sowohl die Konkretisierung der Wertungsgrundsätze wie die Entwicklung von Kollisionsnormen sind kein besonderes Problem der ausnahmsweisen Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts.

437 Lalive, Droit public étranger 242.

c. Resolution des Institut de Droit international und Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz

Im Jahre 1975 hat das Institut de Droit international eine Resolution zur Anwendung fremden öffentlichen Rechts gefasst. Die Entschliessung wurde vorbereitet durch eine spezielle Kommission, deren Berichterstatter der Genfer Professor Pierre LALIVE war⁴³⁸. Dieser legte, zusammen mit einem Katalog von 30 Fragen, 1972 einen "Rapport préliminaire" vor⁴³⁹. Der Bericht diente in der Folge als Arbeitsunterlage für die Beratungen der Kommission. 1975 konnte LALIVE zuhanden des Institut den "Rapport définitif" samt Vorschlägen für eine Resolution unterbreiten⁴⁴⁰. Nach verschiedenen Entwürfen fasste das Institut de Droit international am 11. August 1975 die Resolution mit dem Titel "L'application du droit public étranger". Die Entschliessung bekannte sich zum Grundsatz der Anwendung fremden öffentlichen Rechts und hat in der Sache folgenden Wortlaut⁴⁴¹:

"I. 1. Le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l'ordre public.

2. Il en est de même lorsqu'une disposition de droit étranger est la condition d'application d'une autre règle de droit ou qu'il apparaît nécessaire de la prendre en considération.

II. Le prétendu principe de l'inapplicabilité a priori du droit public étranger, comme celui de son absolue territorialité, principe invoqué, sinon appliqué, par la jurisprudence et la doctrine de certains pays:

a) n'est fondé sur aucune raison théorique ou pratique valable,

438 Neben Prof. Lalive gehörten der Kommission folgende Persönlichkeiten an: die Herren Batiffol, Bindschedler, Bustamante y Rivero, Castberg, Francescakis, Goldman, Graveson, Kahn-Freund, Miaja de la Muela, Schwind, Seidl-Hohenveldern u. Wengler (vgl. Lalive, Droit public étranger / Session de Wiesbaden 157).

439 Lalive a.a.O. (Anm. 438) 157 - 186.

440 Lalive a.a.O. (Anm. 438) 219 ff.

441 Lalive a.a.O. (Anm. 438) 550 u. 552 (lit. "A.").

b) fait souvent double emploi avec les principes de l'ordre public,

c) est susceptible d'entraîner des résultats peu souhaitables et peu conformes aux exigences actuelles de la collaboration internationale.

III. Il en est de même, pour des raisons analogues, d'une inapplicabilité a priori de certaines catégories de dispositions de droit public étranger, comme celles qui ne visent pas la protection des intérêts privés mais servent essentiellement les intérêts de l'Etat.

IV. La portée de la règle et des déclarations qui précèdent n'est en rien affectée par le fait que le droit étranger considéré comme public demeure moins fréquemment appliqué pour diverses raisons, et principalement:

a) parce que la question ne se pose pas, en raison de la nature des relations sociales visées dans la règle de conflit de lois, ou de l'objet même de la disposition étrangère, ou

b) parce que la disposition étrangère a une portée limitée au territoire du législateur dont elle émane et que cette limitation est en principe respectée, ou

c) parce que les organes de l'Etat du for estiment souvent soit qu'ils sont incompétents pour appliquer certaines lois étrangères considérées comme de droit public, notamment en rendant un jugement administratif ou constitutif, soit qu'ils n'ont pas à prêter la main à l'application de telles dispositions à défaut de traités, de réciprocité ou d'une convergence des intérêts économiques ou politiques des Etats auxquels la situation se rattache."

Der Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz lehnt sich an die hievor erwähnte Resolution an und bestimmt in Absatz 3 von Art. 13 ("Tragweite der Kollisionsnorm"):

"Die Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts ist dadurch, dass ihr ein öffentlichrechtlicher Charakter zugeschrieben wird, nicht ausgeschlossen."

Nach dem Schlussbericht der Expertenkommission soll durch diese ausdrückliche Regelung jede A priori-Nichtanwendung öffentlichen Rechts beseitigt werden⁴⁴². Der Entwurf schliesst sich damit der modernen Lehre an. Die

zurückhaltende Formulierung der Resolution und des Entwurfs will allerdings keine isolierte Betrachtung und Anwendung fremden öffentlichen Rechts - letzteres soll vielmehr nur berücksichtigt werden, wenn die *lex causae* dadurch die konkrete Rechtsfrage beantwortet! Das übersehen gewisse Vereinigungen aus Politik und Wirtschaft, die sich kritisch gegenüber Art. 13 III geäußert haben⁴⁴³. Es kann keine Rede davon sein, dass durch diese Neuregelung ausländischem "Dirigismus" die Tür geöffnet würde. Die Stellungnahmen zum Entwurf machen deutlich, wie sehr sich eine ausdrückliche Regelung der Anwendung fremden öffentlichen Rechts aufgedrängt hat. Aber auch als Konkretisierung von Art. 13 II (Umfang der Verweisung im allgemeinen) erweist sich die Bestimmung als nützlich⁴⁴⁴. Die Expertenkommission ist gut beraten, wenn sie Art. 13 III in dieser Formulierung belässt.

§ 2 Subsumtion des Sachverhalts unter das fremde Recht

I. Massgeblichkeit der systematischen Einordnung im fremden Recht

1. Sog. Qualifikation zweiten Grades

Die (einheimische) Kollisionsnorm entscheidet nicht in der Sache selbst. Durch sie wird erst das zuständige Sachrecht bestimmt. In einer zweiten Stufe erfolgt dann die Anwendung desselben⁴⁴⁵. Hiezu bedarf es der Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter den fremden Rechtssatz, der die konkrete Rechtsfrage beantwortet. Diesem fremden Rechtssatz sind die Rechtsfolgen zu entnehmen.

Das zweite Stadium der Rechtsanwendung ist auch "Qualifikation

443 Vernehmlassungen 39, 44 f; weitere Stellungnahmen siehe in Vernehmlassungen 47 (auf S. 47 wird die vorgeschlagene Regelung teilweise falsch verstanden).

444 Zum unklaren Normgehalt von Art. 13 II siehe vorne I.1.a.

445 Zur Kritik am zweistufigen Lösungsmodell in neuerer Zeit siehe 1. Abschnitt § 1 I. bei Anm. 14 ff.

zweiten Grades" oder "sekundäre Qualifikation" genannt worden⁴⁴⁶. Dies im Gegensatz zur "Qualifikation ersten Grades" oder "primären Qualifikation", deren Gegenstand die Subsumtion unter die Kollisionsnormen des Forums ist⁴⁴⁷. Der Ausdruck "Qualifikation zweiten Grades" hat verschiedene Bedeutungen⁴⁴⁸. In einem weiteren Sinne kann darunter verstanden werden die "Subsumtion unter die materiellrechtlichen System- oder Rahmenbegriffe der anzuwendenden Rechtsordnung"⁴⁴⁹. Dadurch soll eine Abgrenzung der zuständigen Normbereiche von nicht (oder nicht mehr) anwendbaren Normen der *lex causae* erfolgen. Im engeren Sinne wird die "Qualifikation zweiten Grades" als Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter die einzelnen Sachnormen der zuständigen Rechtsordnung verstanden⁴⁵⁰. Beide Arten der Subsumtion sind hier von Bedeutung. Die gegenüber dem einheimischen Sachrecht bestehenden Systemunterschiede und Abweichungen von Rechtsinstituten sind zu beachten. Sie kennzeichnen die Auslegung des Tatbestandes der betreffenden Sachnormen und bestimmen dadurch die Subsumtion des Sachverhalts unter den einzelnen Rechtssatz.

Die Tragweite der Kollisionsnorm ist wie folgt umschrieben worden: "Entscheide ebenso, wie der fremde Richter entscheiden würde."⁴⁵¹ Oder: "Ausländisches Recht ist so anzuwenden, wie es im Ausland angewandt

446 Schnitzer, Handbuch Bd. I 103 f; Schwind, Handbuch 49; Neuhaus, Grundbegriffe 113; zum Einfluss von SCHNITZER auf das österreichische IPR siehe Schwind, Schnitzers Qualifikationslehre 425 ff.

447 Neuhaus, Grundbegriffe 113 f. Auf den Begriff "Qualifikation" verzichten Keller/Siehr 15, "da er mehrdeutig und ausserdem durchaus entbehrlich ist".

448 Hiezu und für das Folgende siehe Neuhaus, Grundbegriffe 113.

449 Neuhaus a.a.O. (Anm. 448).

450 Neuhaus a.a.O. (Anm. 448). Nach NEUHAUS betrifft die sekundäre Qualifikation auch die Frage Gesamt- oder Sachnormverweisung, d.h. die Subsumtion unter das fremde Kollisionsrecht. Das ist richtig, wie sich insbesondere an Hand der österreichischen Lehre zeigt; siehe u.a. Schwind, Prinzipien 112 f. Gleichwohl soll dieses Begriffsverständnis hier ausser Betracht bleiben; in der Sache wird darauf unter III. eingegangen werden.

451 Dölle, Anwendung fremden Rechts 60.

wird.⁴⁵² Und § 3. des neuen österreichischen IPR-Gesetzes lautet: "Ist fremdes Recht massgebend, so ist es ... wie in seinem ursprünglichen Geltungsbereich anzuwenden."⁴⁵³ Diese Anweisungen verlangen eine Beachtung von Auslegung und Subsumtion, wie sie in der fremden Rechtsordnung verwirklicht sind. Unterschiedliche Einordnungen von Rechtsfiguren müssen befolgt werden.⁴⁵⁴ So zutreffend dieser Grundsatz als Maxime sein mag, so zeigen sich andererseits dessen Grenzen. Das fremde Recht ist kein Ist-Zustand, der wie eine Abbildung auf den konkreten Sachverhalt angewandt werden könnte. In diesem Sinne wird ausländisches Recht häufig nicht restlos ermittelt.⁴⁵⁵ Das hängt zusammen mit spezifischen Ursachen der Fremdrechtsanwendung, jedoch auch mit der Subsumtion als solcher. Letztere wird in zunehmendem Masse nicht mehr als (rein) formallogisches Schlussverfahren begriffen, sondern als ein Rechtsfindungsprozess, der sich gestaltend und rechtsfortbildend zwischen Norm und Sachverhalt bewegt.⁴⁵⁶ So besehen erscheint Rechtsanwendung als Abwägen, das - ein "selbständiger Akt des Richters" - "etwas anderes als die Herleitung einer Entscheidung aus Vorge-

452 Kegel in Soergel/Siebert N 94 vor Art. 7.

453 Zur Entstehung und zum Gehalt dieser Norm vgl. Duchek/Schwind N 4) zu § 3. (S. 13 f); Schwind, Schnitzers Qualifikationslehre 429 f; ders., Zwischenbilanz 123; ders., Prinzipien 112 f.

454 Häufig stimmen Rechtsinstitute und deren systematischer Standort im In- und Ausland nicht überein! Beispiele: Rechts- und Geschäftsfähigkeit werden nicht überall getrennt; unterschiedliche Tragweite von Formvorschriften; Trennung von Auftrag und Vollmacht; Zuordnung der Verjährung zum materiellen Recht oder zum Prozessrecht; Sonderregeln für die Gewährleistung beim Kauf; Eigentumsübertragung; selbständiges oder nicht selbständiges Institut der ungerechtfertigten Bereicherung; Namensführung der Ehefrau; persönliche und güterrechtliche Wirkungen der Ehe usw. - diese Beispiele entstammen dem Katalog von Ferid, Internationales Privatrecht 53 ff, zu gewichtigen Unterschieden von Sachrechten. Zu diesbezüglichen Problemen im Erbrecht siehe Schlussbericht 174 u. 188 f. - Interessant sind beispielsweise auch die unterschiedlichen Schadensbegriffe. Die eine Rechtsordnung versteht unter Schaden nur eine Vermögensverminderung, die andere zählt auch den "tort moral" hinzu; Geschädigter ist der "direkt" Geschädigte oder auch ein "indirekt" betroffener Dritter.

455 Vgl. Heldrich, Heimwärtsstreben 210 f; Ehrenzweig, Foreign rules 76 ff; Brogini, Maxime 470.

456 Kaufmann 33 ff, 37 f; Geisler 190 f.

gebenem" ist⁴⁵⁷. Zwar sind die in der fremden Rechtsordnung praktizierten "Abwägungen" wenn möglich zu beachten. Doch wird man bisweilen nicht umhinkönnen, sie weiterzuführen. Das meint der Satz von der Subsumtion "wie" im betreffenden Recht.

2. Auslegung des fremden Sachrechts im besondern

a. Grundsatz

Zur Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter die zuständige Norm des fremden Sachrechts bedarf es der Auslegung des juristischen Tatbestandes dieser Norm. Hier "dient die Auslegung der Feststellung, ob eine Norm überhaupt anwendbar sei ... (Auslegung als Mittel der Subsumtion)⁴⁵⁸". Subsumtion und Auslegung sind "korrelative Begriffe"⁴⁵⁹; ohne Auslegung als Abgrenzung des Anwendungsbereichs von Normen gäbe es keine Subsumtion. Neben der Auslegung des juristischen Tatbestandes kann - wenn die Anwendbarkeit einer Norm feststeht - auch die Rechtsfolge der Auslegung bedürfen; diesfalls ist die Tragweite der Normlösung festzustellen⁴⁶⁰.

Der Grundsatz der Anwendung fremden Rechts "wie" in der betref-

457 Rudolf Westerhoff, *Methodische Wertung im Recht* (Berlin 1974) 47 (f), auch 98 ff.

458 Keller/Siehr, *Eigenart* 16. Im folgenden weisen KELLER/SIEHR zu Recht darauf hin, dass für die Subsumtion auch der konkrete Sachverhalt in den Auslegungsvorgang einzubeziehen ist: "Die Frage dieser Subsumtion ist allerdings nicht schon aufgrund der Auslegung des juristischen Tatbestandes beantwortet; denn durch diese Auslegung kann nur ermittelt werden, welchen abstrakten Sachverhalt der juristische Tatbestand erfasst. Zusätzlich bedarf es der Feststellung, ob der konkrete Sachverhalt von der Art ist, wie sie vom juristischen Tatbestand abstrakt erfasst wird."

459 Neuhaus, *Grundbegriffe* 114; kritisch gegenüber der herkömmlichen Lehre vom Rechtsfindungsverfahren u.a. Edward E. Ott, *Die Methode der Rechtsanwendung* (Zürich 1979) 96 ff.

460 Keller/Siehr, *Eigenart* 20.

fenden Rechtsordnung⁴⁶¹ gilt besonders für die Auslegung. "Bei der Auslegung fremden Rechts sind die Worte und Begriffe des fremden Rechts ... in dem Sinne und der Tragweite anzuwenden, wie sie in dem fremden Rechtskreis aufgefasst werden.⁴⁶²" Die ausländischen Rechtsanzeichen sind so zu befolgen, wie sie sich in Judikatur und Literatur der betreffenden Rechtsordnung vorfinden. Damit ist die Auslegung ein besonderer Aspekt der Geltung fremden Rechts⁴⁶³. Vor allem in Lateinamerika wird die Auslegung von nicht einheimischem Recht bisweilen explizit normiert. Der ebenfalls zu dieser Rechtsgruppe zählende Código civil von Portugal regelt die Frage in Art. 23⁴⁶⁴:

"1. Das ausländische Gesetz wird ausgelegt innerhalb des Systems, zu dem es gehört, und in Uebereinstimmung mit den in diesem festgelegten Auslegungsregeln."

Auch SCHNITZER hat in seinem "Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes" eine ausdrückliche Bestimmung vorgeschlagen⁴⁶⁵:

"Art. 5. Auslegung fremden Rechts

Fremdes Recht ist so anzuwenden, wie es in seiner massgeblichen Rechtsprechung und bewährten Lehre ausgelegt wird."

Und im jüngst publizierten "Gegenentwurf für ein schweizerisches IPR-Gesetz", den SCHNITZER verfasst hat, lautet die einschlägige Norm^{465a}:

"Art. 8. Auslegung fremden Rechts

Die Auslegung fremden Rechts hat entsprechend der Auslegung der fremden Rechtsordnung in deren Rechtsprechung

461 Siehe bei Anm. 451 ff. - Zur Auslegung materiellen Einheitsrechts siehe bei Anm. 399a.

462 Firsching in Staudinger N 620 Ziff. 2. vor Art. 12.

463 Siehe Zajtay, Application of Foreign Law 27 und § 1 I. 1. b. dieses Abschnitts vorne.

464 Die folgende Uebersetzung stammt von Samtleben in Kolloquium Max-Planck-Institut 65.

465 Schnitzer, Entwurf eines Rechtsanwendungsgesetzes 431.

465a Schnitzer, Gegenentwurf 309.

und bewährten Lehre zu (er)folgen. In Ermangelung einer solchen erfolgt die Auslegung nach freiem Ermessen."

Zumeist schweigen indessen die IPR-Gesetze zu dieser Frage. Eine ausdrückliche Regelung drängt sich auch nicht auf, ist die Beachtung der fremdrechtlichen Auslegung doch selbstverständliche Folge des kollisionsrechtlichen Befehls. Im übrigen wäre die Auslegung zusammen mit der Geltung fremden Rechts zu regeln. Der Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz dürfte in Absatz 2 von Art. 13 ("Tragweite der Kollisionsnorm") auch die Auslegung umfassen⁴⁶⁶.

Diese allgemeine Umschreibung der Auslegung fremden Rechts bereitet keine Mühe; die Auslegung im Einzelfall kann ausserordentlich anspruchsvoll sein. So wird derselbe Wortlaut von gleich formulierten Gesetzesbestimmungen zweier Rechte zumeist unterschiedlich ausgelegt. Die einzelnen Auslegungsmethoden können einen je verschiedenen Stellenwert haben. Ungleiche Rechtssysteme erschweren die Ermittlung der Auslegung. Die "construction" des angloamerikanischen Rechts meint nicht dasselbe wie die Auslegung im kontinentaleuropäischen Recht⁴⁶⁷. Der Richter hat die Pflicht, diese Unterschiede festzustellen (allenfalls mit Hilfe von Gutachten) und ihnen im einzelnen Rechnung zu tragen.

Nicht immer lässt sich jedoch eine gefestigte Auslegung ermitteln. In diesem Fall fragt sich, wieweit dem Forumrichter die Befugnis zusteht, ausländisches Recht eigenständig auszulegen oder gar fortzubilden. Man muss ihm diese Kompetenz in dem Masse einräumen, als sie auch dem ausländischen Richter zusteht. Wird "Auslegung zugleich als permanente Korrektur bereits formulierter Ergebnisse⁴⁶⁸" begriffen, soll in der Fremdrechtsanwendung zumindest dort, wo keine feste Praxis besteht, aktiv in den Auslegungs- und Rechtsfortbildungsprozess eingegriffen werden können. Dies ist

466 Zum unklaren Normgehalt von Entwurf 13 II siehe § 1 I. 1. a. dieses Abschnitts.

467 Ferid, Internationales Privatrecht 52. Weitere Beispiele siehe bei Yasseen 574 ff.

468 Simitis, Entscheidungsfindung 12.

auch erforderlich für eine sachgerechte Entscheidung des konkreten Falles. Anwendung ist nicht Abbildung und Nachweis eines starren Faktums, sondern Erwägung zwischen Sachverhalt und Norm. Demgegenüber hat insbesondere GOLDSCHMIDT in seiner Lehre vom "uso iuridico" ein rigoroses Faktizitätsprinzip vertreten. Nach ihm ist ausländisches Recht im Prozess als Tatsache zu betrachten. Das hat Auswirkungen auf die Anwendung⁴⁶⁹, im besondern auf die Auslegung. Danach ist Fremdrechtsanwendung nicht Subsumtionsprozess unter einen Sollenssatz, sondern "photographische" Abbildung von fremdem Sein auf den konkreten Sachverhalt. GOLDSCHMIDT wörtlich⁴⁷⁰: "Am eigenen Rechte bauen wir als Architekten mit, das fremde photographieren wir lediglich. Das eigene Recht wenden wir an, das fremde Recht ahmen wir nach." Dieser Vergleich und die Ansicht von GOLDSCHMIDT sind bis in die jüngste Zeit erörtert und kritisiert worden⁴⁷¹. In einem Teil der Lehre hat GOLDSCHMIDT auch Zustimmung gefunden, beispielsweise bei BATIFFOL / LAGARDE⁴⁷², EHRENZWEIG⁴⁷³ und bei KAHN-FREUND⁴⁷⁴. Letzterer schreibt:

469 Die Frage der Ermittlung wird interessanterweise dahingehend beantwortet, dass ausländisches Recht "als notorische Tatsache dem Offizialprinzip unterworfen werden mag"! Goldschmidt, Philosophische Grundlagen 218.

470 Goldschmidt, Philosophische Grundlagen 217.

471 Lalive, Tendances et méthodes 230; Kegel, Internationales Privatrecht 230; "... abgesehen davon, dass auch die Fotografen sich für gestaltende Künstler halten, hat der deutsche Richter gegenüber dem ausländischen Recht denselben Grad von Freiheit, den der ausländische Richter genießt." (mit Hinweis auf entsprechende Fälle aus der Praxis); kritisch gegenüber KEGEL Simitis, Entscheidungsfindung 12 Anm. 54: "Mag sein, dass Kegels Replik, ... auch Fotografen hielten sich für gestaltende Künstler, dem Berufsbild durchaus entspricht. Nur sollte man nicht vergessen: selbst der beste Fotograf ist bei seiner Arbeit an bestimmte äussere Bedingungen gebunden, über die er sich nicht hinwegsetzen kann. Und darum macht es sehr wohl einen Unterschied, ob man im eigenen Land über eigenes Recht judiziert oder lediglich fremde Normen anzuwenden hat."

472 Batiffol/Lagarde 413 u. 427.

473 Ehrenzweig, Foreign rules 76.

474 Kahn-Freund, General Problems 448 f.

"... as we all know the judicial process consists of two inextricable elements, one cognitive, the other volitional, or, if one likes, one deductive, the other teleological. The judgment results from inseparable considerations of what is supported by authority (legislative or precedential) and of what is good policy. In the application of foreign law, however, the volitional or teleological element disappears. The process becomes purely cognitive: what would have happened in the foreign country, is the only question. The office of the judge applying his own law is to find it but also to develop it. It cannot be the task of a judge to develop a foreign law. This is another, and a very important reason why law in the hands of its own judges is necessarily something different from law in the hands of a foreign judge."

Es kann keine Frage sein, dass die Anwendung von Auslandsrecht nicht dasselbe ist wie die Anwendung von inländischem Recht. Gleichwohl bleibt auch der Beizug fremden Rechts Anwendung. Der Richter muss - wie bei einem Inlandfall - eine Auslegung selbständig treffen, wenn diese der *lex causae* nicht entnommen werden kann⁴⁷⁵. Das ist keine rein "kognitive" Aufgabe, obwohl sie sich auf das System und die allgemeinen Auslegungsgrundsätze der fremden Rechtsordnung⁴⁷⁶ zu beziehen hat. Man kann höchstens "Zurückhaltung" postulieren: was die Annahme einer fehlenden Auslegung betrifft sowie für die Schliessung der Lücke im konkreten Fall. Das übersieht auch KEGEL nicht: "... je mehr man von einer Sache versteht, um so freier darf man sich äussern, und vom ausländischen Recht wird man meist weniger verstehen als vom eigenen. Takt ist also am Platze."⁴⁷⁷

SCHNITZER hat für den Fall, dass sich in der fremden Rechtsordnung keine Auslegung ermitteln lässt, folgende Lösung unterbreitet^{477a}: "... In

475 Dölle, Anwendung fremden Rechts 61.

476 U.a. Lalive, *Tendances et méthodes* 231. - Zweifellos ist es schwierig, sich in Rechtsvorstellungen und Auslegungszusammenhänge des ausländischen Rechts einzuarbeiten. Unmöglich dürfte das nicht sein, wie viele Beispiele aus der Gutachtenspraxis zeigen. Demgegenüber hat EHRENZWEIG eine Fremdrechtsanwendung von solchem Niveau mehr und mehr bezweifelt; ein Ergebnis dieser Zweifel ist seine sog. Datum-Theorie, vgl. Jayme, *Ausländische Rechtsregeln* 39, 45 f. u. passim. Mit Zustimmung gegenüber EHRENZWEIG u.a. Troller 844.

477 Kegel, *Internationales Privatrecht* 230. Vgl. ebenso Neuhaus, *Grundbegriffe* 333 f.; zum Problem auch David 522 ff.

477a Vgl. Anm. 465a.

Ersmangelung einer solchen erfolgt die Auslegung nach freiem Ermessen." Dieser Vorschlag erweckt Bedenken. Bevor überhaupt an eine Ersatzauslegung im Sinne des Ersatzrechts gedacht werden kann, muss eine Lösung im Rahmen der *lex causae* angestrebt werden. Unter Umständen lässt sich auf diesem Weg, wenn die allgemeinen Auslegungsgrundsätze der fremden Rechtsordnung beigezogen werden, eine befriedigende Antwort im Einzelfall finden. Hilft auch eine solche Rechtsschöpfung nicht weiter, muss eine Ersatzauslegung gesucht werden. Diese dürfte in vielen Fällen in einem nächstverwandten Recht zu finden sein. Unbefriedigend wäre ein Rückgriff auf die *lex fori*. Das erscheint aber dort unausweichlich, wo diese als Ersatzrecht normiert ist. Ebenso bedenklich ist die von SCHNITZER vorgeschlagene Auslegung "nach freiem Ermessen". Eine solche Lösung wäre höchstens diskutabel im Zusammenhang mit "allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen" als Ersatzrecht^{477b} - nach erfolgtem Versuch, im Rahmen der *lex causae* eine "Ersatz"lösung zu finden.

b. Ausnahmsweise Nichtbeachtung fremdrichterlicher Auslegung

In diesem Unterabschnitt geht es um die Frage, ob von der fremden Auslegung abgewichen werden darf, wenn sich eine solche ermitteln lässt. Hier stehen also nicht mehr allfällige Gesetzes- oder Auslegungslücken zur Diskussion, bei deren Vorliegen der einheimische Richter unbestrittenermaßen zur Rechtsfortbildung befugt, ja verpflichtet ist.

Verschiedene Fälle sind denkbar, in denen eine strikte Befolgung der fremden Auslegung nicht zu befriedigen vermag. Der überwiegende Teil der Lehre verlangt diesfalls, dass von der einschlägigen Auslegung abgewichen und im Rahmen der *lex causae* nach einer adäquateren Lösung gesucht wird. Diese Auffassung wurde mehrmals von der Rechtsprechung bestätigt⁴⁷⁸. Der

477b Zum Ersatzrecht siehe vorne 2. Abschnitt § 3 II. 2.

478 Mit Hinweisen auf die Praxis u.a. Zajtay, Application of Foreign Law 28; Kegel in Soergel/Siebert N 99 vor Art. 7; Brauksiepe 86; Neuhaus, Grundbegriffe 334; Melchior 90 ff.

an sich richtige Gedanke ist mit Beispielen zu verdeutlichen. Unzutreffend wäre es, einer älteren, scheinbar immer noch massgebenden Auslegung Folge zu leisten, wenn diese auf Grund neuer Realien oder neuer Erkenntnisse (eindeutig) überholt⁴⁷⁹ ist. Ein einmaliges Präjudiz ist nicht mit jener Verbindlichkeit ausgestattet, welche einer wiederholt bestätigten Rechtsprechung zukommt; ein solches Präjudiz muss nicht ohne weiteres beachtet werden⁴⁸⁰. Bahnt sich für eine bestimmte Frage in der fremden Rechtsordnung eine Praxisänderung an, so kann diese - unter Fortführung der betreffenden ausländischen Entscheide - in casu allenfalls vollzogen werden. Ähnliches gilt, wenn abschliessende Stellungnahmen der Praxis noch fehlen. Zunehmende Bedeutung gewinnt die Auslegung von materiellem Einheitsrecht. Diese weicht möglicherweise in einer Rechtsordnung von der ansonsten praktizierten einheitlichen, autonomen Auslegung ab. Diesfalls sollte die einheitliche - und nicht die betreffende einzelstaatliche - Auslegung beachtet werden.

Im Einzelfall mag es schwierig sein, eine Abweichung für erforderlich zu halten. Sie soll deshalb die Ausnahme bleiben; zumal fremdes Recht in seiner je geltenden Fassung anzuwenden ist. Geltung aber schliesst Fortentwicklung nicht aus - ja kann von dynamischen Elementen nie frei sein. FLESSNER hat in diesem Zusammenhang den Vorwurf erhoben, es sei widersprüchlich, einerseits kritische Analyse der fremden Auslegung zu verlangen, andererseits "Zurückhaltung" und den Ausnahmecharakter einer Abweichung zu postulieren⁴⁸¹. FLESSNER ist bis zu einem gewissen Punkt zuzustimmen. Das Dilemma ist jedoch hinzunehmen, soll nicht jede, auch noch so unrichtige Auslegung berücksichtigt werden müssen.

479 Neuhaus, Grundbegriffe 334; Zajtay a.a.O. (Anm. 478).

480 Brauksiepe 86; Zajtay a.a.O. (Anm. 478).

481 Flessner 551.

II. Aequivalenz von Rechtsinstituten

Ausländisches Sachrecht kann von Bedeutung sein für die Anwendung inländischen materiellen Rechts. Diesfalls bedarf es der Analyse der fremden Rechtsinstitute in Zusammenhang mit deren Einordnung im ausländischen Recht. Von der Aequivalenz (Gleichwertigkeit) der fremden Rechtsfiguren mit den entsprechenden Instituten der inländischen *lex causae* hängt die Beantwortung der Rechtsfrage ab. Zwei Fälle müssen unterschieden werden.

Die sog. Substitution fragt nach der Ersetzbarkeit von Rechtsinhalten des ausländischen und des inländischen Sachrechts. Die zuständige Sachnorm enthält in ihrem Tatbestand einen Rechtsbegriff, der durch eine entsprechende Rechtserscheinung des ausländischen Rechts zu ersetzen ist⁴⁸². Dies kann mit Beispielen verdeutlicht werden. Das inländische Erbstatut gewährt beispielsweise dem Adoptivkind ein Erbrecht gegenüber seinen Adoptiveltern. Erfolgte die Adoption nach ausländischem Recht, so stellt sich die Frage, ob die fremdrechtliche Adoption dem Rechtsbegriff entspricht, der dem inländischen Erbstatut zugrunde liegt⁴⁸³. Dieses hat darüber zu befinden, in welchem Rahmen der präjudizielle Rechtsinhalt seiner Sachnorm durch die ausländische Rechtserscheinung ersetzt werden darf. Das wird der Fall sein, wenn die betreffenden Rechtsinstitute gleichwertig sind. Von Bedeutung waren diese Fragen in Zusammenhang mit der Revision des schweizerischen Adoptionsrechts von 1972⁴⁸⁴. Dadurch wurde die Volladoption im eigentlichen Sinne geschaffen und dem Adoptivkind die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes zugestanden (ZGB 267). Eine Wirkung der neurechtlichen Volladoption ist das gesetzliche Erbrecht des Kindes gegenüber seinen Adoptiveltern unter Einschluss der Verwandten⁴⁸⁵. Demgegenüber kennen die

482 Lewald, l'application 420; Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 44; Neuhaus, Grundbegriffe 351.

483 Zu diesem Beispiel Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 47.

484 BG v. 30.6.1972 über die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (in Kraft seit 1.4.1973). Gleichzeitig wurde das NAG durch die Art. 8a ff ergänzt.

485 Zu diesbezüglichen Unterschieden von neuem und altem Recht siehe Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts (Bern 1977) 69 u. 81.

meisten Staaten neben der Volladoption auch die sog. einfache Adoption; häufig findet sich auch eine Adoption mit begrenzten Ehelichkeitswirkungen für das Adoptivkind. "In diesen Fällen ist ... jeweils zu prüfen, ob es sich tatsächlich um eine Volladoption im Sinne des neuen schweizerischen Adoptionsrechts oder um eine altrechtliche einfache Adoption (Kindesannahme) handelt."⁴⁸⁶ Die Beantwortung dieser Frage entscheidet über das gesetzliche Erbrecht bei schweizerischem Erbstatut. - Ein anderes Beispiel: Vor dem Inkrafttreten des italienischen Scheidungsgesetzes am 1.12.1970 hatte sich die schweizerische Praxis verschiedentlich mit dem in Italien und Spanien geltenden Verbot der Ehescheidung zu befassen. U.a. ging es dabei um die Frage der Unterhaltspflicht von getrennt lebenden Ehegatten. Diese konnten in der Schweiz nicht auf Scheidung klagen (NAG 7h I), sondern höchstens die auch vom Heimatrecht zugelassene Trennung verlangen (NAG 7i II). Die Nebenfolgen einer solchen Trennung unterstanden dem schweizerischen Sachrecht (NAG 7h III). Im System des schweizerischen Rechts ist die Trennung nur als vorübergehende Massnahme gedacht, was sich z.B. am Fortbestand der ehelichen Unterhaltspflicht zeigt. Das BGr. hat dazu ausgeführt⁴⁸⁷: "Die Unterhaltspflicht des Ehemannes gegenüber der Ehefrau richtet sich daher nach wie vor grundsätzlich nach Art. 160 Abs. 2 ZGB." Diese Rechtsfolge konnte dort nicht befriedigen, wo einer oder beide Ehegatten auf Scheidung geklagt hätten, wenn ihnen das nach Heimatrecht möglich gewesen wäre. Das BGr. hat schon früh versucht, diesem Umstand durch Substituierung des Rechtsbegriffs "Scheidung" in ZGB 152 Rechnung zu tragen. Diese Bestimmung gewährt - unter restriktiveren Voraussetzungen - Unterhalt nach Scheidung der Ehe: "Gerät ein schuldloser Ehegatte durch die Scheidung in grosse Bedürftigkeit, so kann der andere Ehegatte ... zu einem ... Beitrag an dessen Unterhalt verpflichtet werden." Das BGr. hat den Begriff Scheidung durch die

486 Kreisschreiben der Eidgen. Justizabteilung v. 28.5.1975: "An die Kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen und die nach kantonalem Recht zuständigen Adoptionsbehörden" S. 1 des Anhangs. - Im mehrseitigen Anhang enthält das Kreisschreiben eine Zusammenstellung über verschiedene Adoptionsarten der wichtigsten Länder. Zur Substitutionsproblematik vgl. auch Kreisschreiben 2 u. 4.

487 BGE 100 II 258 (259).

in casu ausgesprochene Trennung ersetzt und dazu ausgeführt⁴⁸⁸:

"Nun ist aber die dauernde, nicht in eine Scheidung umwandelbare Trennung, wie sie bei italienischen Ehegatten allein ausgesprochen werden kann, derart verschieden von der wandelbaren Trennung, wie sie bei ausschliesslicher Anwendung des ZGB gegenüber schweizerischen Ehegatten zulässig ist, dass es sich eher rechtfertigt, diese hinsichtlich der Unterhaltspflicht analog der Scheidung zu behandeln..."

Voraussetzung für die Anwendung von ZGB 152 war allerdings der Beweis, "dass der klageberechtigte Ehegatte auf Scheidung geklagt hätte, wenn ihm dies möglich gewesen wäre"⁴⁸⁹. - Keine Gleichwertigkeit einer solchen Trennung wurde im Hinblick auf das Verbot der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten (ZGB 173 I) angenommen. In Erwähnung der angeführten Praxis entschied die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des BGr., dass es nicht angehe, "eine solche Ehetrennung nun überhaupt einer Scheidung gleichzusetzen"⁴⁹⁰. Insbesondere mit Rücksicht auf die ratio legis musste "Art. 173 ZGB als eine unerlässliche Auswirkung des Ehestandes der Parteien auch hier zur Geltung kommen"⁴⁹¹. In der Sache mag der Entscheid diskutabel sein, vergleicht man ihn mit der übrigen Rechtsprechung zu diesem Problem. Eines bringt er zutreffend zum Ausdruck: Die Äquivalenz der Rechtsinhalte ist in jedem Einzelfall gesondert zu untersuchen. Es bedarf einer fallbezogenen Ueberprüfung der jeweiligen Rechtserscheinungen, um sich der konkreten Auswirkungen zu vergewissern. SCHROEDER schreibt dazu⁴⁹²: "Also wohl

488 BGE 50 II 312 u. 52 II 2 in BGE 92 III 1 (4).

489 Mit Hinweis auf die präzisierte Rechtsprechung BGE 100 II 258 (260). Im angeführten Entscheid liess das BGr. die Frage offen, ob diese Praxis der Substituierung allenfalls zu überprüfen sei (z.B. in einem Fall mit Beteiligung spanischer oder irischer Ehegatten); die bundesgerichtliche Praxis ist nämlich kritisiert worden (a.a.O.).

490 BGE 92 III 1 (4).

491 BGE 92 III 1 (5). - Einen weiteren, die Ersetzbarkeit verneinenden Fall siehe in BGE 79 II 337: Ein italienischer Staatsangehöriger wurde Schweizer und klagte hier auf Scheidung. Die "separazione consensuale" des italienischen Rechts konnte nicht zu einer Scheidung nach ZGB 147 f führen!

492 Schröder 103.

Aequivalenz, doch nicht abstrakte, sondern konkrete, funktionelle Aequivalenz. Sonst läuft man leicht Gefahr, die besondere Konstellation des Falles über allgemeinen rechtsvergleichenden Erwägungen zu vergessen." Die fallbezogene, konkrete Aequivalenzanalyse kann unter Umständen zu Ergebnissen führen, die dem Postulat des Entscheidungseinklangs widersprechen. Das ist dort in Kauf zu nehmen, wo es nicht allgemein um das Bestehen eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses geht, sondern um Einzelfragen, deren Beantwortung einem besonderen Sachrecht überlassen wird.

Die Substitution ist von der Vorfrage im technischen Sinne zu unterscheiden. Zwar geht es bei beiden um die Subsumtion von Rechtserscheinungen. Die Vorfrage betrifft das kollisionsrechtliche Problem einer weiteren Anknüpfung des zuständigen Sachrechts. Anders die Substitution: Hier handelt es sich ausschliesslich um die materiellrechtliche Auslegung der massgebenden Sachnormen - wobei vorausgesetzt wird, "dass das anwendbare Recht bereits aufgefunden ist"⁴⁹³. Die Vorfrage kann umschrieben werden "als Frage des Bestehens eines selbständigen präjudiziellen Rechtsverhältnisses"⁴⁹⁴, während es bei der Substitution um die "Ersetzbarkeit eines präjudiziellen Rechtsinhaltes durch einen entsprechenden Rechtsinhalt einer andern Rechtsordnung"⁴⁹⁵ geht. Vorfrage und Substitution können im Einzelfall zusammentreffen, wenn sowohl nach der kollisionsrechtlichen Anknüpfung (z.B. Gültigkeit einer Adoption) wie nach der materiellrechtlichen Aequivalenz gefragt wird⁴⁹⁶.

Neben der Substitution ist die sog. Transposition zu erwähnen. Diese fragt danach, "ob Rechtsverhältnisse, rechtlich erhebliche Handlungen und Willenserklärungen, welche gemäss den Bestimmungen und in den Denkformen

493 Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 45; siehe auch Neuhaus, Grundbegriffe 344 f u. 351 f; Schröder 80 ff; Keller/Siehr, Eigenart 32 ff.

494 Füllemann-Kuhn 11 (Hervorhebung durch den Verfasser der vorliegenden Arbeit).

495 Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 44 (Hervorhebung wie bei Anm. 494); ebenso Füllemann-Kuhn 5.

496 Neuhaus, Grundbegriffe 353.

einer Rechtsordnung verwirklicht resp. vorgenommen wurden, in eine andere Rechtsordnung übertragen werden können⁴⁹⁷. Eine Uebertragung ist möglich, wenn die zu transponierenden Rechtsinhalte in der neuen Rechtsordnung gleichwertige Rechtsfiguren vorfinden. Beispielsweise hat der Erblasser ein Testament in den Kategorien und nach den Vorschriften eines Rechts errichtet, das nicht Erbstatut ist. Hier muss geprüft werden, ob dieses Testament in die Begriffe des anwendbaren Erbrechts übertragen werden kann. Nur so vermag dem Willen des Erblassers zur Durchsetzung verholffen werden⁴⁹⁸. Vor allem die Transposition von angloamerikanischen Rechtsinstituten im Bereich des Erbanges bereitet Schwierigkeiten; häufig finden sich keine äquivalenten Erscheinungen im kontinentalen Recht⁴⁹⁹. Weitere Beispiele stammen aus dem ehelichen Güterrecht. Wollen Ehegatten einen im Ausland nach dortigem Recht geschlossenen Ehevertrag - nach ihrer Rückkehr in die Schweiz - Dritten gegenüber fortgelten lassen (NAG 19 II i.V.m. 31 III), so muss dieser Vertrag in das Güterrechtsregister eingetragen werden. Nach Art. 39 II der Verordnung über das Güterrechtsregister ist die Eintragung zu bewilligen, "sofern ... der nach ausländischem Recht abgeschlossene Ehevertrag dem ehelichen Güterrecht des Zivilgesetzbuches nicht widerspricht". Das ist der Fall, wenn der Ehevertrag in entsprechende Kategorien des schweizerischen Güterrechts überführt werden kann⁵⁰⁰. Ein interessantes Beispiel findet sich sodann in BGE 95 II 216. Hier ging es um den internen Güterstand von Ehegatten, die ihren ersten ehelichen Wohnsitz in der Schweiz hatten (NAG 19 I). Der nach ausländischem Recht vereinbarte Güterstand musste in den Güterstand des (anwendbaren) schweizerischen Rechts transponiert werden, der jenem am nächsten kam. Zulässig war in casu die Umdeutung einer Gütertrennung des französischen Rechts - verbunden mit einer Errungenschaftsgesellschaft (société d'acquêts) - in eine Gütertrennung nach schwei-

497 Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 62; auch Lewald, L'application 414 ff; Schröder 40.

498 Lewald, L'application 415; Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 64; Schröder 40.

499 Jayme, Entscheidungsfindung 359; Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 65.

500 Dieses Beispiel ist Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 70 entnommen.

zerischem Recht, verbunden mit einer Errungenschaftsgemeinschaft. Wären die Systemunterschiede der beiden Rechtserscheinungen erheblich gewesen, hätte die Güterstandsvereinbarung nicht beachtet werden dürfen. "Nel caso in cui il regime estero non presenti alcuna analogia con uno dei regimi del diritto svizzero, la convenzione è nulla."⁵⁰¹ Transpositionsprobleme können sich auch bei der Eintragung ausländischer Ehescheidungen in die schweizerischen Zivilstandsregister stellen. In BGE 99 Ib 240 war der Fall zu entscheiden, in welchem die Eintragung eines in Brasilien gefällten "Scheidungs"urteils verlangt wurde. Das BGr. prüfte, ob in casu das eheliche Band vollständig aufgelöst worden war ("...soit la dissolution définitive du lien conjugal"⁵⁰²). Dies wurde, nach eingehender Analyse der betreffenden Rechtserscheinung, für den brasilianischen "desquite" verneint. Damit konnte das Urteil nicht als Scheidung in das Zivilstandsregister eingetragen werden⁵⁰³. Ähnliche Probleme stellen sich bei der Anerkennung und Eintragung von im Ausland erfolgten Adoptionen⁵⁰⁴. - Diese Beispiele zeigen, dass häufig Zivilstands- und andere Verwaltungsbehörden mit der Frage einer Transposition konfrontiert sind.

Die Fälle, in denen eine Transposition zu prüfen ist, werden von einem Teil der Lehre nicht in einer besonderen Kategorie zusammengefasst. So erachtet beispielsweise SCHROEDER den Begriff der Transposition als überflüssig. Er ordnet diese Fragen der Substitution, der sog. Anpassung sowie

501 BGE 95 II 216 (217).

502 BGE 99 Ib 240 (241).

503 Möglicherweise anders hätte das BGr. entschieden, wenn es - wie in den vorne zur Substitution genannten Präjudizien - um die Frage der Unterhaltspflicht gegangen wäre. An diesem Beispiel zeigt sich von neuem, dass die Aequivalenz in jedem einzelnen Fall selbständig untersucht werden muss. - Der brasilianische "desquite" verliert für diese Fragen insofern an Bedeutung, als in Brasilien durch das Gesetz Nr. 6515 vom 26.12.1977 über die Fälle der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft und der Ehe (Art. 24 ff) die Scheidung eingeführt worden ist.

504 Erneut sei auf das Kreisschreiben der Eidgen. Justizabteilung v. 28.5.1975 zur Revision des Adoptionsrechts hingewiesen; vgl. bei Anm. 486.

dem "Handeln unter falschem Recht" zu⁵⁰⁵. Derselbe Autor unternimmt es auch, die Substitution in den Zusammenhang der Anpassung einzuordnen. (Darauf wird später zurückzukommen sein⁵⁰⁶.) So wertvoll die Arbeit von SCHROEDER ist, dürfen diese terminologischen und konzeptionellen Fragen nicht überbewertet werden. Wichtig erscheint vielmehr, die möglichen Aequivalenzprobleme zu sehen und sie in der Praxis einer befriedigenden Lösung zuzuführen. Hierzu bedarf es der eingehenden Analyse von Systemunterschieden des Rechts im allgemeinen und im besondern. In rechtsvergleichender Betrachtungsweise ist die funktionale Gleichwertigkeit (nicht Deckungsgleichheit!) von Rechtsinstituten festzustellen. Wird eine Aequivalenz von Erscheinungen des ausländischen und des inländischen Rechts verneint, so ergibt sich die Notwendigkeit einer Anpassung⁵⁰⁷.

III. Fremdes Kollisionsrecht

In einem weiteren Sinne umfasst die Subsumtion des Sachverhalts unter das fremde Recht auch die Subsumtion unter fremdes Kollisionsrecht⁵⁰⁸. Dabei geht es in erster Linie um die Frage einer Gesamt- oder Sachnormverweisung. Im weiteren kann die *lex causae* aus mehreren Teilrechtsordnungen bestehen, so dass über die Zuweisung an die schliesslich zuständige Teilrechtsordnung zu befinden ist.

1. Fremdes Internationales Privatrecht

Der Streit, ob die kollisionsrechtliche Verweisung neben dem Sachrecht

505 Schröder 41 f.

506 Vgl. § 3 dieses Abschnitts.

507 Schröder 86; Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 125; im einzelnen siehe zur Anpassung § 3 hinten.

508 Vgl. die Hinweise in Anm. 450 vorne.

auch das IPR der *lex causae* umfasse, ist so alt wie das kollisionsrechtliche System selbst. Es kann hier nicht der Ort sein, eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit dem Problem des Renvoi zu liefern. Vielmehr geht es lediglich darum, im Hinblick auf den schweizerischen IPR-Entwurf zeitgenössische Gesetzgebungen, Vorschläge und Ansichten zu unterbreiten.

Zwei Gesichtspunkte sind bei der Diskussion um die Beachtung oder Nichtbeachtung eines fremden Renvoi vor Augen zu halten. Zum einen würde der "marginale" Satz, fremdes Recht gleichwie in der betreffenden Rechtsordnung anzuwenden, die Anwendung auch des fremden Kollisionsrechts ("wie" im betreffenden Recht) nahelegen. Noch heute wird die Beachtung eines fremden Renvoi vorwiegend mit diesem Argument begründet⁵⁰⁹. Auf der anderen Seite ist man zur Einsicht gelangt, dass das Problem nicht mehr einheitlich gelöst werden kann. Es geht also nicht mehr um die Frage einer prinzipiellen Beachtung oder Ablehnung von Rück- und Weiterverweisungen - der Renvoi ist vielmehr von Fall zu Fall, von Fallgruppe zu Fallgruppe zu entscheiden⁵¹⁰. Steht ein IPR auf dem Boden des Staatsangehörigkeitsprinzips, mag es in manchen Fällen - vorab auf dem Gebiet des Familienrechts - von Nutzen sein, fremdes Kollisionsrecht zu beachten. Das dient der internationalen Entscheidungsharmonie. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, dass in anderen Fällen - beispielsweise wo eine Rechtswahl möglich ist - ein Renvoi nicht beachtet wird⁵¹¹. Dogmatisch lässt sich die Nichtberücksichtigung fremder Kollisionsrechte bewältigen. Ausgangspunkt ist auch hier der Befehl einer einheimischen Kollisionsnorm. Diese befindet über ihre normative Tragweite - vgl. Marginale von Art. 13 des Entwurfs zu einem schweizerischen IPR-Gesetz - und vermag am kollisionsrechtlichen Befehl gewisse

509 Auf diesem Boden steht insbesondere die österreichische Tradition, was sich auch in der jüngsten IPR-Gesetzgebung niedergeschlagen hat: u.a. Schwind, *Zwischenbilanz* 123; vgl. ferner Jagmetti 73 ff; Lalive, *Tendances et méthodes* 320 u. 325; Knittel 24. - Das ist auch der Grundgedanke der "Foreign court theory": Goldschmidt, *Philosophische Grundlagen* 213; Jagmetti 196 ff.

510 Neuhaus, *Grundbegriffe* 268 f; Jagmetti 57.

511 Mit zunehmender Ausdehnung der Parteiautonomie - etwa im Erbrecht, ehelichen Güterrecht oder Sachenrecht - verliert der Renvoi an Bedeutung! Gleiches gilt für IPR-Kodifikationen, in denen das Wohnsitzprinzip vorherrscht.

Modifizierungen vorzunehmen. Eine solche Modifizierung ist die Anordnung der Nichtbeachtung fremder Kollisionsrechte in einzelnen oder mehreren Fällen.

Der Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz enthält in Art. 13 I eine ausdrückliche Regelung des Renvoi. Die Bestimmung lautet:

"¹ Die Kollisionsnormen ausländischer Rechte werden nur berücksichtigt, wenn dieses Gesetz es vorsieht."

Damit statuiert der Entwurf im Grundsatz die Sachnormverweisung. Die Expertenkommission begründet dies mit der die gesamte Kodifikationsarbeit leitenden Maxime, dasjenige Recht anzuwenden, das in engstem Zusammenhang mit dem Tatbestand steht⁵¹². Diese Begründung wäre für sich allein genommen etwas vage. Der engste Zusammenhang mit einer bestimmten Rechtsordnung erscheint nämlich nicht zwingend eine Zuweisung an das betreffende Sachrecht zu verlangen. Ebenso könnte man argumentieren, der engste Zusammenhang sei dann gewahrt, wenn die Beantwortung der Rechtsfrage vollauf - also auch unter Beachtung einer fremden Rück- oder Weiterverweisung - dem von der einheimischen Kollisionsnorm für zuständig erachteten Recht überlassen werde. Ueberzeugender wirkt das pragmatische Vorgehen der Expertenkommission, indem sie von einzelnen konkreten Sachfragen ausgegangen ist und sich gefragt hat, ob und inwieweit in concreto ein Renvoi zu berücksichtigen sei⁵¹³. Dabei gelangte die Kommission zum Ergebnis, "dass in den meisten Fällen kein zwingendes Bedürfnis für die Berücksichtigung des Renvoi besteht und dass dieser nur bei Fällen wie Anerkennung, favor validitatis vel recognitionis und Form Berücksichtigung verdient⁵¹⁴". In Anlehnung an Art. 13 I finden sich im Entwurf einzelne Bestimmungen, die explizit eine Berücksichtigung auch des fremden Kollisionsrechts normieren. So lautet Art. 35 II für das Namensrecht:

"² Hat eine Person im Zeitpunkt der Entstehung oder der Auflösung eines familienrechtlichen Verhältnisses ihren

⁵¹² Schlussbericht 31.

⁵¹³ Schlussbericht 57.

⁵¹⁴ Schlussbericht 57.

Wohnsitz in einem ausländischen Staat, so bestimmt sich ihr Name nach dessen Recht, einschliesslich des Kollisionsrechts dieses Staates."

Ein weiteres Beispiel findet sich im Erbrecht. Nach Art. 89 des Entwurfs können unter bestimmten Voraussetzungen die schweizerischen Behörden am Lageort des Vermögens eines Erblassers zuständig sein, der seinen letzten Wohnsitz im Ausland hatte. In einem solchen Fall soll nach Art. 92 II das ausländische Kollisionsrecht über das zuständige Sachrecht befinden:

"² Für den Nachlass anderer Erblasser mit letztem Wohnsitz im Ausland bezeichnet das Kollisionsrecht ihres letzten Wohnsitzes das anwendbare Recht." (515)

Der Expertenkommission mag der Entscheid über eine grundsätzliche Ablehnung des Renvoi umso leichter gefallen sein, als der Entwurf stark auf das Wohnsitzprinzip ausgerichtet ist und der Parteiautonomie breiten Raum lässt. Zudem soll nach Meinung der Kommission in krassen Fällen die Ausweisklausel des Art. 14 auch hier Abhilfe schaffen können⁵¹⁶. Die Vernehmlassungen weisen mehrheitlich kritische Stellungnahmen gegenüber Art. 13 I auf. Vor allem aus Hochschulkreisen wird die Bestimmung in dieser Form abgelehnt, wenn man auch die Schwierigkeit jeder Renvoiregelung nicht übersieht⁵¹⁷. Daneben finden sich Stimmen, welche die vorliegende Grundsatzentscheidung begrüßen⁵¹⁸. Am meisten Anstoss erregte die in der Tat nicht ganz klare Beziehung zwischen Art. 13 I und Art. 14 (Ausweisklausel)⁵¹⁹. Die Université de Genève und die Direction de recherches de

515 Hinweise zu weiteren Bestimmungen, insbesondere für die Anerkennung ausländischer Entscheide, siehe bei Siehr, Entwurf 737. - Wird im Entwurf ein Renvoi ausdrücklich vorgesehen, bleibt dahingestellt, welche Tragweite der ausländischen Kollisionsnorm zukommt. Art. 13 I könnte in dem Sinne ergänzt werden, dass die Verweisung einer fremden Kollisionsnorm als Sachnormverweisung zu gelten hat.

516 Schlussbericht 57.

517 Vernehmlassungen 40 ff. Kritisch auch Schwander, Renvoi 419 ff.

518 Vernehmlassungen 38, 44, 47. Mit grundsätzlicher Zustimmung auch Siehr, Entwurf 737, der allerdings - mit Hinweis auf NEUHAUS - in gewissen Einzelfällen mehr Flexibilität wünschte.

519 Vernehmlassungen 40, 43, 46.

Genève erachten Art. 13 I angesichts der normierten Ausweichklausel für überflüssig. Letztere erlaube auch, dem je konkreten Einzelfall besser Rechnung zu tragen. Zudem dürfe nicht übersehen werden, dass das OR in den Art. 1086 und 1138 auf fremdes Kollisionsrecht verweise. Diesen Einwänden könnte dadurch begegnet werden, dass ein Renvoi in weiteren Einzelfällen berücksichtigt würde. Auch wäre die Ausweichklausel im Hinblick auf Art. 13 I für diesen Fall zu konkretisieren. Im übrigen sollte der Entwurf eine grundsätzliche Aussage zum Renvoi beibehalten. Er würde damit für viele Fälle Klarheit schaffen, in denen die bisherige schweizerische Praxis in Sachen Renvoi zu Zweifeln Anlass gab⁵²⁰.

Rechtsvergleichend kann festgestellt werden, dass jüngste IPR-Gesetzgebungen und Vorschläge die Meinungsvielfalt zum Renvoi widerspiegeln. Sehr weit geht § 5 des neuen österreichischen IPR-Gesetzes. Dieser bestimmt die Beachtung sowohl ausländischer Rück- wie auch Weiterverweisungen. Häufig wird ein Renvoi abgelehnt, es sei denn, das fremde Kollisionsrecht verweise auf das Sachrecht des Forums zurück. Diese Regelung enthalten beispielsweise die neuen Gesetzgebungen von Ungarn (§ 4)⁵²¹ und von Spanien (Art. 12 Nr. 2 des Código Civil)⁵²². Für die Bundesrepublik Deutschland schlägt eine Arbeitsgruppe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in einer These folgende Bestimmung vor:

"(1) Verweisungen auf ausländisches Recht umfassen auch die ausländischen Kollisionsnormen. Verweisen diese zurück, so sind grundsätzlich die deutschen Sachnormen anzuwenden.

(2) Verweisungen durch Rechtswahl oder aufgrund alternativer Anknüpfung umfassen in der Regel nicht die Kollisionsnormen der Rechtsordnung, auf die verwiesen wird." (523)

520 Mit Hinweisen insbesondere auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung Vischer, Internationales Privatrecht 527 ff, 585, 610 u. 613; ders., Kodifikation 12 ff, 25; Jagmetti 80 ff.

521 Vgl. bei Benkö/Peuster 1 u. 8.

522 Hiezu Cremades/Maceda 376.

523 Vorschläge zur Reform 348; dieser Vorschlag enthält im Prinzip eine Festschreibung der herrschenden deutschen Rechtsprechung (a.a.O. S. 355). In einzelnen Punkten hiervon abweichend vgl. den eigenen Vorschlag von NEUHAUS / KROPHOLLER a.a.O. S. 334.

In den Regelungen der BRD und von Oesterreich findet die grössere Ausrichtung auf das Heimatprinzip ihren Niederschlag.

Mit Bezug auf die Renvoi-Bestimmung des Art. 13 I im Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz ist nochmals auf Abs. 2 derselben Norm einzutreten⁵²⁴. Dieser Absatz bezieht sich nämlich insbesondere auf die sog. autolimitazione fremden Sachrechts⁵²⁵. Art. 13 II lautet:

"² Die Verweisung umfasst alle Bestimmungen, die nach ihrem Zweck auf einen Sachverhalt anwendbar sind."

"Norme autolimitate" sind solche Normen, die nach ihrem Zweck nur auf bestimmte Situationen angewendet sein wollen und also ihren Anwendungsbereich selbst beschränken. Von Bedeutung kann eine solche Selbstbeschränkung vor allem in international gelagerten Sachverhalten werden. Zu denken ist beispielsweise an Erlasse, die sich zwischen öffentlichem und Privatrecht bewegen und einen Schutz nur des inländischen Konsumenten anstreben. Eine Mieterschutzgesetzgebung beansprucht häufig nur in reinen Inlandfällen Geltung⁵²⁶. Weitere Beispiele sind denkbar, etwa auf dem Gebiet des Abzahlungs- oder Kleinkreditrechts. Ist nun der Forumrichter verpflichtet, eine solche Selbstbeschränkung der *lex causae* zu beachten? Wie beim Renvoi kann die Antwort so oder anders lauten. Wichtig erscheint, die gegenüber der Renvoi-Problematik verwandte Fragestellung vor Augen zu halten. Zwar hängt die Anwendbarkeit der betreffenden Sachnorm nicht von einer besonderen Kollisionsnorm der *lex causae* ab, doch enthält die Sachnorm in sich selbst eine (kollisionsrechtliche) Aussage über ihren eigenen Anwendungsbereich. Man kann sagen, eine solche Norm sei "gemischter Natur"⁵²⁷ oder enthalte in sich eine "versteckte Kollisionsnorm". Wird Art. 13 II des Entwurfs auf diesen Mechanismus hin befragt, fällt der Widerspruch

524 Allgemein zu Art. 13 II siehe vorne bei Anm. 346 ff.

525 Schlussbericht 32, 57 ff.

526 Lalive, *Tendances et méthodes* 313.

527 Lalive, *Tendances et méthodes* 317. Zu diesen Normen auch Kegel, *Die selbstgerechte Sachnorm* 75 ff, 78 ff u. 86.

gegenüber Art. 13 I auf. Art. 13 II propagiert eine Beachtung der fremden "autolimitazione", während Art. 13 I fremdes Kollisionsrecht nur ausnahmsweise berücksichtigt. Die Expertenkommission sieht darin insofern keinen Widerspruch, als sie in der "autolimitazione" lediglich eine (zu beachtende) Negation der eigenen Anwendbarkeit sieht - ohne (positive) Aussage über die Anwendbarkeit eines anderen Rechts, wie das bei der Rück- oder Weiterverweisung der Fall ist⁵²⁸. Grundlegend anderer Ansicht ist LALIVE, der eine Übereinstimmung der Regelungen zum Renvoi und zur "autolimitazione" verlangt⁵²⁹. Im Hinblick auf die Wünschbarkeit einer grundsätzlichen Aussage über den Renvoi sollte im Entwurf, wird am Gehalt von Art. 13 I festgehalten, der Absatz 2 von Art. 13 entfallen. Letzterer bedeutet in der Tat wenn nicht einen unbedingten Widerspruch, so doch eine Unklarheit gegenüber der Renvoi-Regelung. Dem Problem der "autolimitazione" kann anderweitig genügend Rechnung getragen werden: durch sachgerechte Auslegung von Art. 13 I des Entwurfs, durch die Ausweichklausel von Art. 14 sowie durch Beizug von Art. 18 bei ausgewiesenem Bedürfnis nach Anwendung eines "Ersatz"rechts, schliesslich durch richtige Auslegung des für anwendbar erklärten fremden Sachrechts.

2. Fremdes interlokales Recht

Wird auf das Recht eines Staates verwiesen, der aus mehreren territorialen Teilrechtsordnungen besteht, so muss die zuständige Teilrechtsordnung bestimmt werden. Diese Aufgabe wird dem sog. interlokalen Recht (oder

528 Schlussbericht 59.

529 Lalive, *Tendances et méthodes* 317 (f): "Pour notre part, nous voyons mal qu'une législation de droit international privé puisse, simultanément, exclure le renvoi d'une manière générale et prescrire la prise en considération de l'autolimitation contenue dans la loi matérielle étrangère applicable." Die Meinung von LALIVE hat offensichtlich auch die kritischen Stellungnahmen der Université de Genève und der Direction de recherches de Genève beeinflusst: siehe Vernehmlassungen 41 u. 46.

interlokalen Privatrecht) zugewiesen⁵³⁰. Nach allgemein herrschender Auffassung ist die Entscheidung dem interlokalen Recht der *lex causae* zu überlassen, sofern diese über ein einheitliches Interlokalrecht verfügt⁵³¹. Letzteres ist freilich nur in wenigen Staaten der Fall, beispielsweise in Polen oder in der Schweiz (NAG). Im übrigen ist nach einer Ersatzlösung zu suchen, die häufig im interlokalen Recht oder im IPR des Forums gefunden wird. Sodann ist zu fragen, ob dort, wo das einheimische IPR an einen Ort anknüpft, noch Platz ist für ein Interlokalrecht der *lex causae*⁵³². Die Praxis zeigt, dass nur selten ein selbständiges und einheitliches interlokales Recht einer fremden *lex causae* anzuwenden ist. Dieser Umstand hat NEUHAUS veranlasst, die Selbständigkeit eines Interlokalrechts neben dem IPR in Frage zu stellen⁵³³. Für ihn geht es allemal um ein einheitliches System der Anknüpfungen, das die Einheit des Rechtsanwendungsrechtes anstrebt. Erhebliche Bedeutung kommt der Ansicht von NEUHAUS deshalb zu, weil sie den Blick öffnet für die Abhängigkeit der interlokalrechtlichen Frage vom einheimischen IPR. Wichtig erscheint nach dem Gesagten nicht sosehr, wie eine Kollisionsnorm den Grundsatz der Beachtung fremden interlokalen Rechts zum Ausdruck bringt, sondern welche Regelung sie für den Fall trifft, dass ein einheitliches Interlokalrecht in der fremden Rechtsordnung fehlt. Unter diesem Aspekt ist auch Art. 16 des Entwurfs zu einem schweizerischen IPR-Gesetz zu würdigen; Art. 16 lautet^{533a}:

530 Neuhaus, Grundbegriffe 306; Kegel, Internationales Privatrecht 68.

531 Kegel, Internationales Privatrecht 180 f; Neuhaus, Grundbegriffe 309; Schwind, Handbuch 38; Lalive, *Tendances et méthodes* 302. - Zur Verweisung auf komplexe Rechtssysteme grundlegend auch Jagmetti 98 ff.

532 Was von Kegel, Internationales Privatrecht 181 grundsätzlich verneint wird.

533 Neuhaus, Grundbegriffe 308 (ff). Im Verhältnis zwischen der BRD und der DDR ist ein eigenständiges Interlokalrecht seit dem Grundlagenvertrag vom 21.12.1972 ebenfalls obsolet geworden; vgl. Heldrich, Innerdeutsches Kollisionsrecht 2169 ff; Siehr, *Special Courts* 665. Zum Verhältnis von IPR und interlokalem Recht auch Pierre A. Lalive, *Droit interrégional et droit international privé*, in: *Recueil de travaux suisses présentés au IV^e Congrès international de droit comparé* (Genève 1954) 103 - 115.

533a Art. 16 wird als Regelung einer besonderen Fragestellung verstanden und vom Renvoi-Problem losgelöst: Schlussbericht 63.

"¹ Verweist dieses Gesetz auf das Recht eines Staates mit mehreren Teilrechtsordnungen, ohne auch die massgebende Teilrechtsordnung zu bezeichnen, so bestimmt sich nach dem interlokalen ... Recht dieses Staates, welche Teilrechtsordnung anzuwenden ist.

² Fehlen interlokale ... Bestimmungen, so ist diejenige Teilrechtsordnung anzuwenden, die mit dem Sachverhalt in engstem Zusammenhang steht."

Die Ersatzanknüpfung an das Recht derjenigen Teilrechtsordnung, welche mit dem Sachverhalt in engstem Zusammenhang steht, entspricht auch einer häufig anzutreffenden Ersatzlösung in den Haager Konventionen⁵³⁴. Sie fügt sich sodann gut ein in die übrige Konzeption des Entwurfs, der letztlich - auch in Ausweichbestimmungen - immer wieder die Generalklausel des engsten Zusammenhangs statuiert. Vermisst werden kann an dieser Lösung eine gewisse normative Dichte. Dieser Verlust wird allerdings zu einem grossen Teil dadurch wettgemacht, dass die Ersatzanknüpfung erst zum Zuge kommt, wenn "auch die massgebende Teilrechtsordnung" von "diesem Gesetz" nicht bezeichnet wird (Abs. 1 von Art. 16)! Das dürfte nicht mehr allzu oft vorkommen, knüpft doch der Entwurf häufig (unmittelbar) an einen Ort an: Wohnsitz, Aufenthaltsort, Lageort, Ort einer Handlung⁵³⁵.

3. Fremdes interpersonales Recht

Das zuständige fremde Recht kann als komplexes Rechtssystem aus unterschiedlichen Sachrechten für die Angehörigen verschiedener Stämme, Konfessionen usw. bestehen. In einem solchen Fall grenzt das sog. interper-

⁵³⁴ Vgl. beispielsweise Art. 14 des Minderjährigenschutzabkommens v. 1961 und Art. 1 II des Übereinkommens über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht v. 1961. Zu "direkteren" Anknüpfungstechniken in anderen Haager Konventionen siehe Lalive, Tendances et méthodes 303.

⁵³⁵ Art. 16 des Entwurfs wurde lediglich von zwei Vernehmlassungen erwähnt (Vernehmlassungen 75). Nicht einverstanden mit der Ersatzlösung von Art. 16 II ist das Institut universitaire de Genève. Dieses schlägt folgende Bestimmung vor: "Lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales soumises à des systèmes juridiques distincts, chaque unité territoriale est considérée comme un Etat."

sonale (intergentile, interkonfessionelle) Recht die Anwendungsbereiche der verschiedenen Sachrechte gegeneinander ab⁵³⁶. Es handelt sich hierbei um eine vielschichtige Fragestellung, die je nach Art der Personenbeziehung besondere Aspekte aufweist. Gemeinsam ist den Interpersonalrechten, dass sie ein Rechtsverhältnis nicht räumlich an den territorialen Geltungsbereich einer Rechtsordnung anknüpfen, sondern an die "Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe (Stamm, Rasse, Religionsgemeinschaft)⁵³⁷". Ähnlich wie bei der Anknüpfung an eine territoriale Teilrechtsordnung, wird hier die Zuweisung des Sachentscheids an das zuständige Gruppenrecht der *lex causae* überlassen. Der Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz regelt die Verweisung auf fremdes interlokales und interpersonales Recht zusammen in Art. 16:

¹ Verweist dieses Gesetz auf das Recht eines Staates mit mehreren Teilrechtsordnungen, ohne auch die massgebende Teilrechtsordnung zu bezeichnen, so bestimmt sich nach dem interlokalen oder interpersonalen Recht dieses Staates, welche Teilrechtsordnung anzuwenden ist.

² Fehlen interlokale oder interpersonale Bestimmungen, so ist diejenige Teilrechtsordnung anzuwenden, die mit dem Sachverhalt in engstem Zusammenhang steht."

Bei einer Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, den Wohnsitz oder Aufenthalt einer Person wird sich die Verweisung nach dem interpersonalen Recht der *lex causae* häufig auf das Recht der engeren Gemeinschaft beziehen, der die Person angehört⁵³⁸. Hingegen kann die Anknüpfung an ein Ortsrecht mehrdeutig sein - dies im Unterschied zur Verweisung auf das Ortsrecht einer territorialen Teilrechtsordnung -, "wenn keine der personalen Rechtsordnungen als bevorzugtes 'Ortsrecht' gilt⁵³⁹". Hier muss, beispielsweise zur Bestimmung des anwendbaren Rechts bei öffentlich beurkundeten Rechtsgeschäften, eine Ersatzlösung gefunden werden. Der schweizerische IPR-

536 Neuhaus, Grundbegriffe 315.

537 Wähler, Interreligiöses Kollisionsrecht 2.

538 Hiezu Neuhaus, Grundbegriffe 318; Schlussbericht 63.

539 Neuhaus, Grundbegriffe 318.

Entwurf ermöglicht diesfalls mit einer Anknüpfung nach dem engsten Zusammenhang eine adäquate Entscheidung im Einzelfall. Nicht selten dürfte hier auf die Konkretisierung des engsten Zusammenhanges in den besonderen Bestimmungen des Entwurfs zurückgegriffen werden.

Von besonderer Bedeutung innerhalb des interpersonalen Rechts ist das interreligiöse oder interkonfessionelle Recht⁵⁴⁰. Neben der Abgrenzung verschiedener religiöser Sachrechte innerhalb einer Rechtsordnung geht es hier auch um das Verhältnis von staatlichem und religiösem Recht schlechthin⁵⁴¹. Der letztere Aspekt überschneidet sich mit der Frage nach der Geltung fremden Rechts innerhalb der zuständigen Rechtsordnung. Da jede Religion von ihrer Wahrheit und Richtigkeit überzeugt ist, muss sie auch ihr religiöses Recht zur Anwendung bringen wollen. Ihr Geltungswille richtet sich dabei nicht nur gegen andere Religionen und deren Rechte, sondern auch gegenüber der staatlichen Rechtsordnung, insbesondere im Familienrecht. Fremdes religiöses Recht ist kraft der Verweisung einer einheimischen Kollisionsnorm anzuwenden, wenn es im betreffenden Staat gilt, d.h. wenn dieser dessen Zuständigkeit anerkennt und es zur Durchsetzung bringt. Als Beispiel sei die Geltung des kanonischen Eherechts in Spanien genannt⁵⁴². In einem Beschluss vom 12. Dezember 1979 hat der deutsche BGH die kollisionsrechtliche Zuständigkeit der staatlichen lex causae gegenüber jeglichen Geltungsansprüchen religiöser Rechte zutreffend festgehalten⁵⁴³: "Die deutsche Rechtsordnung erkennt jedoch den Anspruch der Religionsgemeinschaften,

540 Nicht zu unterschätzen sind auch Fragen des intergentilen Kollisionsrechts, die erneute Aktualität durch die Berührungen mit dem afrikanischen Recht gefunden haben; dazu u.a. Wengler, Anwendung afrikanischen Rechts 722 ff, 725 ff u. passim; Lalive, Tendances et méthodes 301.

541 Vgl. Wähler, Interreligiöses Kollisionsrecht 14 f, 153 ff, 319 ff u. passim; ders., Bindung religiöser Gerichte 867 ff, 879 ff; Wengler, Faktizität und Legitimität 616; Neuhaus, Verhältnis von staatlichem und religiösem Eherecht 121 f.

542 Wengler a.a.O. (Anm. 541); Neuhaus, Grundbegriffe 316. Zu den besonderen Problemen der Ermittlung und Anwendung fremden religiösen Rechts siehe England 81 ff, 88 ff (hiez u. auch die Besprechung durch NEUHAUS in RabelsZ 41 (1977) 196 - 198).

543 Vgl. den Beschluss (IV ZB 65/79) abgedruckt in Das Standesamt 33 (1980) 187.

das Personen-, Familien- und Erbrecht ihrer Glaubensangehörigen autonom zu regeln, nicht an. Rechtssätze, die dem religiösen Recht angehören, sind demnach von deutschen Gerichts- und Verwaltungsbehörden nur dann anzuwenden, wenn die massgeblichen deutschen Kollisionsnormen das Recht eines Staates für anwendbar erklären, der das religiöse Recht auch im staatlichen Bereich als verbindlich anerkennt." Gleiches gilt sinngemäss für das schweizerische IPR.

§ 3 Anpassung als modifizierte Fremdrechtsanwendung

I. Das Problem

Dem Sinn des IPR entsprechend kann es vorkommen, dass auf einen international gelagerten Sachverhalt gleichzeitig verschiedene Sachrechtsordnungen anzuwenden sind. Das ist der Fall, wenn das einheimische Kollisionsrecht einen Sachverhalt in verschiedene Rechtsfragen aufschlüsselt und diese - je nach dem engsten Zusammenhang - unterschiedlichen Sachrechten zur Beantwortung zuweist. Sodann kommt es vor, dass eine Rechtsordnung die andere in der Zuständigkeit der Anordnung von Rechtsfolgen ablöst - etwa bei Aenderung der Anknüpfungstatsachen. Stimmen die verschiedenen materiellen Rechte in Konzeption und System nicht überein, so ergibt sich daraus leicht ein Normenwiderspruch oder, wie man auch sagen kann, eine "zwischenstaatlich verursachte Harmoniestörung"⁵⁴⁴. Dieser besondere Anwendungskonflikt ist mit Beispielen zu veranschaulichen.

Vor kurzem hatte die Eidgenössische Justizabteilung in einem Rundschreiben zu einem zwischenstaatlichen Anwendungsproblem im Bereich des Kindschaftsrechts Stellung zu nehmen⁵⁴⁵. Nach dem neuen Art. 298 I des ZGB steht der unverheirateten Mutter von Gesetzes wegen die elterliche

544 Schröder 22; siehe auch Kegel, Internationales Privatrecht 147.

545 Vgl. Rundschreiben vom 15. Dez. 1978 an die kantonalen Aufsichtsbehörden im Vormundschaftswesen, abgedruckt in VPB 1979 Nr. 36.

Gewalt über ihr Kind zu⁵⁴⁶. Das gilt auch für in der Schweiz lebende unverheiratete Mütter, die eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzen. Im Verhältnis zu Staaten, die eine dem schweizerischen Recht entsprechende Regelung kennen, gibt es keine Probleme. Anders verhält es sich gegenüber Staaten, die der unverheirateten Mutter die elterliche Gewalt nicht schon von Gesetzes wegen einräumen, sondern hierfür eine besondere behördliche Uebertragung verlangen⁵⁴⁷. Letzteres ist beispielsweise der Fall nach § 198 II des österreichischen ABGB: "(2) Für ein uneheliches Kind ist die Mutter auf ihren Antrag zum Vormund zu bestellen, wenn sie geeignet ist und ihr die Sorge für die Pflege und die Erziehung des Kindes zusteht..." Nach schweizerischem Recht kommt der hier lebenden unverheirateten Oesterreicherin die elterliche Gewalt zu, nach österreichischem Recht ist das in der Schweiz geborene Kind einstweilen ohne gesetzlichen Vertreter. Dieser auf einer unterschiedlichen Regelung der elterlichen Gewalt beruhende Zustand befriedigt nicht. Im Wege einer Anpassung konnte folgende Lösung gefunden werden⁵⁴⁸. Das nach revid. ZGB 298 I bestehende Rechtsverhältnis zwischen der unverheirateten Mutter und ihrem Kind wird ausdrücklich (wenn auch nach schweizerischem Recht überflüssigerweise) festgestellt. Diese Feststellung erfolgt im Verfahren über die Anordnung einer Beistandschaft nach ZGB 309 I. Eine solche behördliche Feststellung vermag die Anforderungen an eine eigentliche Uebertragung der elterlichen Gewalt zu erfüllen⁵⁴⁹. Diese Lösung ist auch vom Max-Planck-Institut in Hamburg für einen Fall, in welchem es um die elterliche Gewalt einer türkischen Gastarbeiterin in der BRD ging, vorgeschlagen worden⁵⁵⁰.

Ein schwieriges Anpassungsproblem stellte sich der deutschen Praxis im

546 ZGB 298 I: "Sind die Eltern nicht verheiratet, so steht die elterliche Gewalt der Mutter zu."

547 Eine solche Uebertragung verlangte auch alt ZGB 311 II.

548 Sie ist auch vom Oesterreichischen Bundesministerium für Justiz gutgeheissen worden.

549 Das ist in casu von Oesterreich anerkannt worden.

550 Vgl., mit Hinweisen, Raape/Sturm 265. Wieweit sich die Eidgen. Justizabteilung auf dieses Gutachten abstützte, geht aus dem Rundschreiben nicht hervor.

Fall des unehelichen Kindes einer Deutschen und eines ausländischen Vaters. Nach Art. 20 EGBGB richten sich die persönlichen Beziehungen des Kindes zu seiner Mutter nach dem Heimatrecht der Mutter, d.h. nach deutschem Recht. Auf die Beziehungen zum Vater wird hingegen nach dem überwiegenden Teil der Lehre und nach der Gerichtspraxis das Heimatrecht des Vaters angewendet (sofern das Kind vom Vater anerkannt worden ist)⁵⁵¹. Regeln die beiden Rechte eine Frage unterschiedlich - beispielsweise die elterliche Gewalt -, so bedarf es der Anpassung. Hierbei sind verschiedene Lösungen möglich und in casu auch unterbreitet worden⁵⁵². Werden gleichzeitig inhaltlich konkurrierende Normen zur Anwendung berufen, so spricht man von Normenhäufung.

Schulbeispiel für das Erfordernis einer Anpassung sind Systemunterschiede zwischen Güterrechts- und Erbstatut. Dazu wird folgender Fall genannt⁵⁵³: Ein deutsches Ehepaar nimmt nach der Eheschliessung Wohnsitz in Schweden und erwirbt auch die schwedische Staatsangehörigkeit. Nach dem Tod des Ehemannes kommt ein deutscher Richter in die Lage, über die Erbfolge zu entscheiden. Wonach beurteilen sich die vermögensrechtlichen Ansprüche der überlebenden Ehefrau? Gemäss Art. 25 EGBGB ist Erbstatut das schwedische Sachrecht, das indessen für die Ehefrau keinen Erbanteil vorsieht, weil diese nach dem schwedischen System güterrechtlich abgefunden wird. Ueber die güterrechtlichen Fragen aber entscheidet nach Art. 15 EGBGB deutsches Sachrecht, das seinerseits nur einen erbrechtlichen, nicht jedoch einen güterrechtlichen Anspruch vorsieht. Nach den je zuständigen Rechten erhält die überlebende Ehefrau in diesem Fall weder aus dem (schwedischen) Erbrecht noch aus dem (deutschen) Güterrecht einen Anspruch. Das Ergebnis ist unbillig und widerspricht - worauf es vor allem

551 Ferid, Internationales Privatrecht 100; Raape/Sturm 263 f; Neuhaus, Grundbegriffe 356.

552 Vgl. die Hinweise in Anm. 551 sowie Kegel, Internationales Privatrecht 153. Zum Vorgehen für das Auffinden einer Lösung siehe hienach II.

553 Siehe etwa bei Ferid, Internationales Privatrecht 101; Neuhaus, Grundbegriffe 356; Kegel, Internationales Privatrecht 149; Raape/Sturm 263 (kritisch gegenüber dem diesem Beispiel zugeschriebenen Stellenwert innerhalb der Anpassungsprobleme).

ankommt - den Intentionen sowohl des deutschen wie des schwedischen Gesetzgebers⁵⁵⁴. Beide möchten der überlebenden Ehefrau einen Teil des Vermögens zukommen lassen. Durch Anpassung ist ein befriedigendes Ergebnis zu finden. Sind die einschlägigen Normen aller in Betracht fallenden Rechte im Hinblick auf eine konkrete Rechtsfrage nicht anwendbar, so spricht man von Normenmangel.

Ein neuer Bereich von Anpassungsproblemen hat sich auf dem mannigfaltigen und heterogenen Gebiet der Sonderanknüpfungen eröffnet. Als Beispiel sei § 12 des deutschen AGB-Gesetzes genannt. Nach dieser Bestimmung sind die Vorschriften des AGB-Gesetzes selbst bei grundsätzlicher Zuständigkeit eines ausländischen Vertragsstatuts zu "berücksichtigen", wenn es sich um inländische Kunden handelt und bestimmte Vorgänge der Vertragsentstehung in der BRD stattfanden. Kennt die anwendbare ausländische *lex causae* dem deutschen Recht entsprechende Schutzbestimmungen für den Verbraucher, so muss die *lex fori* nicht eingreifen. Enthält das Vertragsstatut keine solchen Normen, stellt sich die Frage, wie dem deutschen Recht zur Durchsetzung verholfen werden soll. Das kann durch weitgehende Ausschaltung des ursprünglich zuständigen Vertragsrechts geschehen. Es ist aber auch eine Lösung denkbar, die das fremde Recht in den einschlägigen Fragen dem deutschen AGB-Gesetz "anpasst" und so den Normativgehalt des letzteren "berücksichtigt". Hierüber gehen die Meinungen in der BRD auseinander⁵⁵⁵.

Letztgenanntes Beispiel zeigt, dass Anpassungsfragen häufig in Zusammenhang mit Äquivalenzproblemen auftreten. So umschreibt VISCHER die Notwendigkeit einer Anpassung gar allgemein "als Folge des Fehlens der Äquivalenz der Rechtsinhalte"⁵⁵⁶. Auf diese Fragen und auf Fälle von

554 Kegel, Internationales Privatrecht 149 spricht von einem "beiderseitigen Normenwiderspruch".

555 Vgl. Drobnig, Allgemeine Geschäftsbedingungen 610; Stoll 774 (kritisch gegenüber einer "Methode des Aufpfropfens" qua Anpassung); v. Hoffmann 415 ff (mit interessanten Verbindungen zum Arbeitsrecht); Sonnenberger 384 ff; Reithmann 35 ff, 199 ff. - Zum Problem der Sonderanknüpfung siehe auch § 4 II. hinten.

556 Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 125. Siehe auch BGE 100 II 258 (260) u. 92 III 1 (4).

Aequivalenz wurde vorne eingegangen⁵⁵⁷. In der Tat kann bei fehlender Entsprechung der Rechtsinhalte eine Anpassung erforderlich sein. Hierzu ein letztes Beispiel: Schon verschiedentlich hat der angelsächsische "trust" die kontinentaleuropäischen Gerichte beschäftigt. So kommt es vor, dass britische Staatsangehörige in ihren letztwilligen Verfügungen Testamentsvollstrecker bzw. "trustees" gemäss englischem Recht ernennen und die Errichtung eines englischen Erbschaftstrusts vorschreiben. Ist in der Schweiz ein Nachlassverfahren über eine solche Erbschaft durchzuführen, ergeben sich Schwierigkeiten mit Bezug auf den "trustee" und dessen rechtliche Stellung. Dieser wird nach englischem Recht gesetzlicher Eigentümer des Nachlasses, was im Ergebnis auf ein geteiltes Eigentum (zwischen "trustee" und Erben) hinausläuft. Ein solches ist dem schweizerischen Sachenrecht unbekannt. Da der "trustee" im schweizerischen Recht keine äquivalente Rechtsfigur hat, muss es zu einer Anpassung kommen. In einem ausführlichen Gutachten, das auch in methodischer Hinsicht überzeugt, hat die Eidgenössische Justizabteilung folgenden Vorschlag gemacht⁵⁵⁸: In bezug auf eine in der Schweiz gelegene Liegenschaft bleibe nichts anderes übrig, als die Erben - und nicht etwa die Willensvollstrecker - in das Grundbuch eintragen zu lassen. Hingegen "könnte die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, welche der Erblasser den Willensvollstreckern zugedacht hat, durch eine Anmerkung im Grundbuch berücksichtigt werden⁵⁵⁹".

Bei der Anpassung geht es also typischerweise um die "Ueberbrückung von Normwidersprüchen bei Zusammentreffen mehrerer Rechtsordnungen⁵⁶⁰". Sie kann als Qualifikationsproblem oder zumindest als Folge der

557 Vgl. § 2 II. dieses Abschnitts.

558 VPB 1973 Nr. 57.

559 Justizabteilung a.a.O. (Anm. 558) S. 68 (mit Hinweis auf NECKER). Zum "trustee" siehe Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 67 ff sowie grundlegend Fraefel 69 ff, 91 ff und Alfred Necker, La mission de l'exécuteur testamentaire dans les successions internationales (Diss. Genève 1971). Das BGr. hatte sich in BGE 96 II 79 mit einem "trust" zu befassen.

560 Neuhaus, Grundbegriffe 354; ebenso Schröder 34; Kegel, Internationales Privatrecht 147.

Qualifikation betrachtet werden⁵⁶¹, indem die Auslegung der Kollisionsnorm auf der Ebene der Sachrechtsanwendung einer Modifikation bedarf. Der Name "Anpassung" bringt die besondere Methode beim Auffinden einer Lösung zum Ausdruck; es werden im Einzelfall die verschiedenen materiellen Rechte der konkreten Lage angepasst⁵⁶².

II. Lösungsmöglichkeiten

Zur Behebung von Normwidersprüchen stehen hauptsächlich zwei Wege offen: ein kollisionsrechtlicher und ein materiellrechtlicher. Welchen man im Einzelfall beschreiten will, hängt von den konkreten Interessen ab. "Grundsätzlich muss man nach dem Gesetz des geringsten Widerstands vorgehen: die schwächsten Interessen sind zu opfern, die stärksten zu schützen."⁵⁶³ Im einen Fall sind internationalprivatrechtliche Interessen zu schützen - d.h. die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit in ihren diversen Konkretisierungen -, im andern Fall materiellrechtliche Interessen an einem sachgerechten und billigen Entscheid.

1. Kollisionsrechtlicher Ansatz

Wird ein Normenwiderspruch als Folge der Qualifikation betrachtet, liegt es nahe, eine Lösung im Anknüpfungsbereich zu suchen. Wie in vielen anderen Fällen des IPR merkt man erst bei der konkreten Anwendung des bzw. der zuständigen Sachrechte, dass die von der Kollisionsnorm angeordnete Verweisung zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt. Die Anknüpfung

⁵⁶¹ Gamillscheg, Methode der Qualifikation 82, 90 f; Kegel, Internationales Privatrecht 147; Goldschmidt, Philosophische Grundlagen 209 ff.

⁵⁶² Zur Terminologie siehe Schröder 36; Batiffol, Coordination des systèmes 203; Kegel, Internationales Privatrecht 147; Neuhaus, Grundbegriffe 353; Ferid, Internationales Privatrecht 100.

⁵⁶³ Kegel, Internationales Privatrecht 150.

ist deshalb "zurückzunehmen" oder zu "korrigieren". Hier geschieht das dadurch, dass man die Grenze zwischen zwei oder mehreren Kollisionsnormen verschiebt oder eine neue Kollisionsnorm ad hoc bildet⁵⁶⁴. In einem solchen Fall findet die Anpassung auf der kollisionsrechtlichen Ebene statt.

Im Beispiel der Unvereinbarkeit von Güterrechts- und Erbfolgestatut könnte das so aussehen: Sowohl die güter- wie die erbrechtlichen Fragen wären einheitlich dem einen oder andern Sachrecht zuzuweisen. Im Fall der persönlichen Beziehungen des unehelichen Kindes zu seinen Eltern könnte ein Normenkonflikt durch einheitliche Anknüpfung an das eigene Personalstatut des Kindes umgangen werden⁵⁶⁵. Gegen solche Lösungen wurde vorgebracht, sie verletzen in vielen Fällen ausdrückliche Anordnungen des einheimischen Kollisionsrechts⁵⁶⁶. Das ist auf den ersten Blick gesehen richtig; doch verfährt diese Methode, wenigstens ihrem Verständnis nach, nur scheinbar "contra legem". Sie will mit Hilfe einer fallbezogenen Auslegung der Kollisionsnorm ein Ergebnis verhindern, das diese ebenfalls "nicht wollen kann"⁵⁶⁷.

Es ist das Verdienst von KEGEL, den Blick für die kollisionsrechtliche Lösung von Anpassungsproblemen geschärft zu haben. In vielen Fällen vermag sie weiterzuhelfen⁵⁶⁸. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass sie letztlich nicht jenes Mass an Flexibilität aufweist, das bei manchem Norm-

564 Kegel, Internationales Privatrecht 149; Schröder 75 f.

565 Diese Vorschläge vgl. u.a. bei Kegel, Internationales Privatrecht 151 f und bei Neuhaus, Grundbegriffe 356.

566 Ferid, Internationales Privatrecht 101; Battifol, Coordination des systèmes 206.

567 Sie unterscheidet sich dadurch kaum von der im Anschluss an SCHNITZER vorgeschlagenen Lösung von Ferid, Internationales Privatrecht 101, der empfiehlt, im Schweden-Fall die schwedische güterrechtliche Ausgleichung zu Gunsten des überlebenden Ehegatten als erbrechtlich zu qualifizieren. Auch hier könnte man einwenden, dies sei eine Umgehung der deutschen Kollisionsnorm zum Güterrecht.

568 Dieser Methode geben eher den Vorzug: v. Hecke, Principes et méthodes 512 f; Kropholler, Anpassung im Kollisionsrecht 285; Neuhaus, Grundbegriffe 358.

widerspruch vonnöten ist⁵⁶⁹. SCHROEDER gelangt in seiner grundlegenden Studie über die Anpassung zum Ergebnis, dass es "methodisch vorteilhafter" sei, eine materiellrechtliche Lösung zu suchen. "Man schlägt sich sonst durch die kollisionsrechtliche Lösung die Türen zu einem materiellrechtlichen Ausgleich vorzeitig zu..."⁵⁷⁰ Nicht zustimmen mag man SCHROEDER indessen, wenn er Qualifikation und Anpassung strikt trennen will: "Zunächst muss qualifiziert sein, ehe angepasst wird"⁵⁷¹. Sehr wohl kann Anpassung als Modifizierung der Qualifikation stattfinden. Führt sie zu einem befriedigenden Ergebnis, ist das gut. Ansonsten - und darin ist SCHROEDER beizupflichten - muss eine materiellrechtliche Lösung gefunden werden (durch Modifizierung der Sachrechte).

Die IPR-Gesetzgebungen schweigen sich über die Anpassung zumeist aus. So enthält auch der Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz hierüber keine Bestimmung. Immerhin weist der Schlussbericht der Expertenkommission darauf hin, dass die Ausweichklausel von Art. 14 allenfalls auch für eine Anpassung Hilfe leisten könnte⁵⁷². Art. 14 lautet:

"Das in diesem Gesetz bezeichnete Recht ist ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn der Sachverhalt nach den gesamten Umständen mit dem bezeichneten Recht in nur geringem, mit einem anderen Recht jedoch in offensichtlich engerem Zusammenhang steht."

Zumindest für die kollisionsrechtliche Lösung eines Normenwiderspruchs dürfte die Ausweichklausel eine gewisse Handhabe bieten. Sie enthält jedoch in einem solchen Fall so wenig an konkreten Aussagen, dass sie hierfür entbehrlich ist. - In seinem "Gegenentwurf" zum schweizerischen IPR-

569 Dazu hienach 2.

570 Schröder 95; zu den Lösungen im einzelnen 75 ff. Mit Vorbehalten gegenüber der kollisionsrechtlichen Lösung auch Batiffol, *Coordination des systèmes* 205 ff; Raape/Sturm 262 f.

571 Schröder 93. Im übrigen unterlässt es SCHROEDER jedoch nicht, die Verdienste von KEGEL zu würdigen.

572 Schlussbericht 60.

Entwurf hat SCHNITZER in Art. 4 - "Qualifikation und Anpassung" - die Anpassung ausdrücklich erwähnt⁵⁷³:

"2. Ist das Ergebnis dieser (sc. nach einheimischem Recht erfolgten) Qualifikation infolge anderweitiger Qualifikation der anderen Rechtsordnung sinnwidrig, so ist ein vernünftiges Ergebnis durch Anpassung herbeizuführen."

Dieser an sich interessante Vorschlag erscheint deshalb fragwürdig, weil er - gerade umgekehrt als SCHROEDER - zu einseitig Qualifikation und Anpassung miteinander verbindet. Dadurch wird die materiellrechtliche Seite des Problems vernachlässigt. In einer IPR-Gesetzgebung kann mit gutem Gewissen auf eine Norm zur Anpassung verzichtet werden⁵⁷⁴.

2. Materiellrechtlicher Ansatz

Die materiellrechtliche Lösung eines Normenwiderspruchs lässt die kollisionsrechtliche Anknüpfung bestehen und will durch Abstimmung der sich widersprechenden Sachrechte zum Ziel gelangen. Die Rechtssätze der letzteren "werden so umgebogen, dass der Normenwiderspruch entfällt"⁵⁷⁵. Das tönt nach Rechtsverwilderung, ist jedoch ein rechtsschöpferischer Akt, wie er immer wieder vorkommt.

573 Schnitzer, Gegenentwurf 309.

574 Nicht weiterzuhelfen vermag auch eine Generalklausel, wie sie jüngst in einer Konvention von Montevideo vorgeschlagen wird. Art. 9 der "Inter-American Convention on General Rules of Private International Law" v. 8.5.1979 lautet (siehe RabelsZ 44 (1980) 380 sowie den Hinweis von Samtleben, Interamerikanische Spezialkonferenzen 287 f): "The different laws that may be applicable to various aspects of one and the same juridical relationship shall be applied harmoniously in order to attain the purposes pursued by each of such laws. Any difficulties that may be caused by their simultaneous application shall be resolved in the light of the requirements of justice in each specific case." Diese Klausel bietet immerhin die ausdrückliche Möglichkeit zu einer materiellrechtlichen Lösung (dazu im folgenden).

575 Kegel, Internationales Privatrecht 150.

In den vorne genannten Beispielen sind solche Lösungen bereits erwähnt worden⁵⁷⁶. Bei der elterlichen Gewalt lässt sich ein Konflikt beheben, indem das Rechtsverhältnis zwischen Mutter und unehelichem Kind nach der zuständigen *lex fori* (unnötigerweise) festgestellt wird. Den Besonderheiten eines ausländischen "trustee" kann bis zu einem gewissen Grad durch Anpassung des inländischen Grundbuchrechts Rechnung getragen werden. Ein ausländisches Vertragsstatut mag durch bestimmte Klauseln des einheimischen AGB-Gesetzes ergänzt werden. Die Regeln über die uneheliche Mutterschaft sind im deutschen Recht relativ elastisch; das erleichtert eine (materiellrechtliche) Anpassung bei gleichzeitiger Anwendbarkeit eines starren ausländischen Vaterrechts⁵⁷⁷.

In vielen Fällen führt eine solche Lösung zu besseren Ergebnissen, als das auf kollisionsrechtlichem Weg möglich wäre. So ist auch diese Methode nicht ohne Anhänger geblieben^{578, 579}.

576 Siehe bei Anm. 545 ff.

577 Kegel, Internationales Privatrecht 153.

578 Schröder 92 ff (mit Hinweisen auf weitere Vertreter); Batiffol, Coordination des systèmes 211; Raape/Sturm 262 f: "Dass hierdurch Rechtsfolgen erzeugt werden, die keinem der angewandten Rechte voll entsprechen, muss in Kauf genommen werden. Es ist sicher ehrlicher als das Versteckspiel mit ad hoc geschaffenen Kollisionsnormen." - In diese Richtung weist wohl auch Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 127 f (ablehnend gegenüber VISCHER's konkretem Lösungsvorschlag im Schweden-Fall Ferid, Internationales Privatrecht 101).

579 Streitig ist, ob es Fälle gibt, in denen weder auf dem einen noch auf dem andern Weg eine Anpassung gefunden werden kann. Gemeint ist damit die Frage nach der Bildung sog. Sachnormen im IPR. Nach dieser Lehre ist eine neue, die Rechtsfrage unmittelbar beantwortende Norm zu bilden, wenn sich die zuständigen Rechte nicht aufeinander abstimmen lassen (Beispiele bei Kegel, Internationales Privatrecht 155 u. Raape/Sturm 271 f Anm. 44). Gegen ein solches "Tertium" wendet sich entschieden Schröder 96 u. 127 ff mit der Behauptung, es gehe allemal um die Modifizierung der beteiligten Sachrechte und nur um diese. SCHROEDER dürfte insoweit zuzustimmen sein, dass es für diese besonderen Fälle keiner neuen Kategorie bedarf. Sie können ebenso (wie die übrigen, "allgemeineren" Normwidersprüche dieser Art) als Anpassungen auf der materiellrechtlichen Ebene begriffen werden. - Dadurch soll nichts Grundsätzliches gegen die Institution der Sachnormen im IPR als solche gesagt sein.

III. Zur sog. "wesenseigenen Zuständigkeit"

Bisweilen verlangt das anwendbare ausländische Sachrecht einen behördlichen Mitwirkungsakt, der dem inländischen Verfahrensrecht unbekannt ist - beispielsweise auf dem Gebiet der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es fragt sich, ob diesfalls die Anwendung des fremden Rechts abgelehnt werden darf.

In ständiger Rechtsprechung haben es früher die deutschen Gerichte abgelehnt, nach ausländischem Recht auf Trennung von Tisch und Bett zu erkennen. Zur Begründung wurde angeführt, dieses Institut sei dem deutschen Recht unbekannt⁵⁸⁰. Ebenso ist die Bestätigung eines Adoptionsvertrages verweigert worden, wenn das ausländische Recht eine richterliche Ermittlungstätigkeit vorsah, die umfassender als die in den entsprechenden Normen des BGB geregelte Behördentätigkeit war⁵⁸¹. Der erste Fall des unbekannten fremden Rechtsinstituts führt zu keinen Konflikten mit dem inländischen Verfahrensrecht. Er ist ein Problem der richtigen Auslegung des Kollisionsrechts sowie der Anwendung des Sachrechts. Heute bestehen keine Zweifel mehr darüber, dass der kollisionsrechtliche Rechtsanwendungsbefehl auch unbekannte fremdrechtliche Institute umfasst; im Einzelfall mag sich ein Äquivalenzproblem stellen. Solche Fälle stehen hier nicht mehr zur Diskussion⁵⁸².

Ein Konflikt zwischen dem Anwendungsbefehl der einheimischen Kollisionsnorm und dem Verfahrensrecht kann entstehen, wenn der nach ausländischem Recht vorzunehmende Rechtsakt im Inland kein unmittelbares Äquivalent findet. Häufig wird sich ein solcher Fall positiv lösen lassen. Die

580 Booss 2; Heldrich, Internationale Zuständigkeit 257.

581 Heldrich, Internationale Zuständigkeit 261; Booss 2.

582 Vgl. Booss 4 ff; P.H. Neuhaus, Besprechung des Werkes von BOOSS in RabelsZ 31 (1967) 359 - 363 (361); Heldrich, Internationale Zuständigkeit 255. - Die Behandlung der Äquivalenz siehe vorne bei Anm. 482 ff (§ 2 II.) sowie Anm. 556.

Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft über einen Ausländer dürfte kaum zu grösseren Schwierigkeiten führen, denn jedes Recht verfügt über ein hiezu mehr oder weniger geeignetes (innerstaatliches) Verfahren. Die nach ZGB 576 mögliche Verlängerung der Ausschlagungsfrist kann auch in einem ausländischen Nachlassverfahren problemlos angesetzt werden, selbst wenn das fremde Verfahrensrecht keine derartigen Gerichtsakte kennt⁵⁸³. Gleiches gilt grundsätzlich für die Vornahme von Gestaltungsakten, die dem inländischen Recht unbekannt sind. Ebenso dürfte es kaum einen Fall geben, in welchem das fremde Recht die Beantwortung der Rechtsfrage zusehr dem Ermessen des Richters und dessen Ermessensausübung überliesse⁵⁸⁴. In einer Nachlassstreitigkeit ist allenfalls durch besondere Aufgebotsverfahren und gezielte Untersuchungshandlungen die Bedarfslage der Betroffenen abzuklären, um der vom fremden Recht eingeräumten Ermessenswahrnehmung nachzukommen. Häufig kann ein aus dem Verfahren herrührender Anwendungskonflikt also behoben werden, indem das Verfahrensrecht der lex fori dem ausländischen Sachrecht angepasst wird. Eine Anpassung dieser Art lässt sich auch im vorne erwähnten Beispiel erblicken, wo es um die Zusprechung der elterlichen Gewalt an die Mutter eines unehelichen Kindes geht. Im Verfahren über die Anordnung einer Beistandschaft (ZGB 309 I) wird zugleich - nach ZGB 298 I unnötigerweise - das Rechtsverhältnis zwischen Mutter und unehelichem Kind festgestellt. Damit lassen sich Disharmonien zu Rechtsordnungen austräumen, die ein besonderes Verfahren für die Zusprechung der elterlichen Gewalt an die unverheiratete Mutter vorsehen. Hier erfolgt eine Modifizierung des inländischen Verfahrens durch Anpassung an die sachrechtlichen Erfordernisse beispielsweise des österreichischen Rechts.

In seltenen Fällen mag es vorkommen, dass eine Rechtsfolgenanordnung nach ausländischer *lex causae* den vom inländischen Verfahrensrecht gezogenen Rahmen sprengen würde. Hier verbietet einheimisches Gerichtsver-

583 Dieses Beispiel stammt von Heldrich, Internationale Zuständigkeit 269.

584 Heldrich, Internationale Zuständigkeit 273.

fassungsrecht die Wahrnehmung und Bereitstellung von Gerichtsbarkeit. Es wird gesagt, die "wesenseigene Zuständigkeit" inländischer Gerichts- und Verwaltungsbehörden fehle⁵⁸⁵. Ein in der deutschen Lehre und Rechtsprechung umstrittenes Beispiel bildet Art. 150 I des schweizerischen ZGB. Die Statuierung einer Wartefrist gegenüber dem schuldigen Ehegatten nach erfolgter Scheidung ist dem deutschen Recht unbekannt. Wegen des pönalen Charakters dieser Massnahme erscheint es fraglich, ob ein deutscher Zivilrichter in Anwendung schweizerischen Scheidungsrechts eine solche Wartefrist aussprechen darf. Er würde sich damit unter Umständen in Widerspruch setzen zum deutschen Gerichtsverfassungsrecht, das Strafsachen der Strafjustiz zuweist. "Da eine Anpassung der inländischen Verfahrensregeln an das fremde Sachstatut hier nicht möglich ist, fehlt den deutschen für Ehescheidung zuständigen Gerichten insoweit die wesenseigene Zuständigkeit."⁵⁸⁶ - Zusammenfassend muss indessen betont werden, dass dem Richter nur selten die Kompetenz zur Ausübung einer dem inländischen Recht unbekannten Tätigkeit fehlt. Zumeist lässt sich durch Anpassung des Verfahrensrechts an das fremde Sachrecht eine Lösung finden.

585 Heldrich, Internationale Zuständigkeit 265, 272 ff; Booss 2, 49 ff u. passim; Neuhaus, Besprechung Booss (vgl. Anm. 582) 359 f; ders., Grundbegriffe 403 f; Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände 52 ff. - Aus diesem Grund nicht anwendbare Rechtssätze gehören zur Gruppe fremder Rechte, die als zur Anwendung nicht geeignet erscheinen (Booss 15; Neuhaus, Grundbegriffe 339; ders., Besprechung Booss 362). Die Frage der "Eignung" fremder Rechte für die Anwendung ist keine selbständige und kann auch nicht gesondert behandelt werden. Sie stellt sich je im Zusammenhang mit Einzelfragen und lässt sich nicht generell beantworten.

586 Heldrich, Internationale Zuständigkeit 272 (mit vielen Hinweisen auf gleiche und gegenteilige Ansichten in Literatur und Rechtsprechung: a.a.O. Anm. 56). Siehe auch IPRspr. 1935 - 1944 Nr. 17 (OLG Königsberg, Urteil vom 19.12.1939); unter Anrufung des einheimischen *Ordre public*.

§ 4 Nichtanwendung des an sich zuständigen fremden Sachrechts (Ordre public)

I. Ordre public im Verhältnis von lex fori und lex causae

1. Allgemeines

Berühmt und viel zitiert ist das Wort von RAAPE, die Verweisung auf fremdes Recht sei häufig ein "Sprung ins Dunkle"⁵⁸⁷. Die konkrete Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung kann zu Ergebnissen führen, die vor dem einheimischen Recht unhaltbar sind. Aus diesem Grund ist die kollisionsrechtliche Anknüpfung nur eine vorläufige; sie erfolgt unter dem Vorbehalt, dass die Anwendung des fremden Sachrechts den materiellrechtlich vorgegebenen Rahmen nicht sprengt. Greift die Vorbehaltsklausel des Ordre public ein, so bedeutet dies nach dem traditionellen zweiseitigen Kollisionsrecht eine "Rücknahme der Anknüpfung"⁵⁸⁸. Insofern ist die Anrufung der Vorbehaltsklausel eine Frage der Anwendung des fremden Rechts. Die neuere Methodenlehre hat indessen gezeigt, dass unter dem Begriff "Ordre public" komplexe Probleme versteckt sind, die in erheblichem Mass die Ebene der Anknüpfung betreffen. Dieser Umstand hat zu einer Verwischung der Grenzen zwischen Anknüpfung und Anwendung geführt. Insbesondere lässt sich die Durchsetzung eines Ersatzrechts - vor allem der lex fori - nicht mehr nur als Ausnahme im Sinne einer Notlösung verstehen. Sie gehorcht vielmehr eigenen, regelbildenden Anknüpfungsgesetzen. Diese finden ihren Niederschlag beispielsweise in der Diskussion um Kodifizierungen der Vorbehalts- oder gar einer allgemeinen Ausweichklausel. Solchen methodologischen Veränderungen ist Rechnung zu tragen. - Die Vorbehaltsklausel ist der zentrale Problembe- reich der "Nichtanwendung des zuständigen Sachrechts"; diese umfasst wei- tere Fragen, auf welche hier jedoch nicht oder nicht mehr eingetreten wird⁵⁸⁹.

587 Raape/Sturm 199.

588 Kegel, Internationales Privatrecht 124, auch 235.

589 Von Nichtanwendung kann auch gesprochen werden, wenn das zustän- dige fremde Recht nicht ermittelt und an dessen Stelle ein Ersatzrecht angewendet wird (siehe 2. Abschnitt vorne, insbesondere § 3). Ebenso wird bei einer modifizierten Anwendung (Anpassung: vgl. vorgehend § 3)

Der Ordre public enthält die "Schranke für die Anwendung ausländischen Rechts"⁵⁹⁰ im konkreten Einzelfall. Man kann sagen, er bezeichne den "unantastbaren Teil der eigenen Rechtsordnung"⁵⁹¹. Solche general-klauselartigen Definitionen vermögen den ungefähren Ausgangspunkt der unter dem Ordre public zusammengefassten Problematik zu skizzieren; mehr leisten sie nicht. Um von der Vorbehaltsklausel ein genaueres Bild zu bekommen, bedarf es einer Analyse der Funktion des Ordre public. Dieser hat die Aufgabe, den Ausschluss an sich zuständigen fremden Rechts und die Durchsetzung einheimischer Rechtsvorstellungen zu ermöglichen. Nicht jede Auffassung von Billigkeit und Gerechtigkeit, welche in der lex fori positiviert erscheint, braucht dabei verwirklicht zu werden. Mit der Vorbehaltsklausel muss die Berücksichtigung nur (aber immerhin!) jener Rechtsgehalte sichergestellt werden, die in besonderer Weise "qualifiziert" sind. Vor allem - vielleicht ausschliesslich - ist der Ordre public Einbruchsstelle für jene beachtenswerten Rechtsauffassungen, die nicht schon anderweitig (in Kollisionsnormen oder in IPR-Sachnormen) kodifiziert wurden. Mit Hilfe der Vorbehaltsklausel lässt sich auch für diese eine kollisionsrechtliche Aussage über ihren Anwendungsbereich treffen. Dadurch werden "versteckte" Kollisionsnormen, die über die Berücksichtigung qualifizierter Rechtsinhalte befinden, zur Geltung gebracht. Bei diesem Vorgang kann man von der Durch-

das fremde Recht nicht in seiner ursprünglichen Gestalt angewendet. Unter dem Stichwort der Nichtanwendung werden sodann behandelt: die Gesetzesumgehung (vgl. Neuhaus, Grundbegriffe 193 ff; Kegel, Internationales Privatrecht 214 ff; Raape/Sturm 326 ff; Schwind, Handbuch 92 ff; Schwander, Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung 26 ff; Szászy 160), der Schutz wohlverworbener Rechte (Schwander, Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung 30; diese Frage ist zu unterscheiden von der Lehre der wohlverworbener Rechte als Rechtsanwendungstheorie: dazu bei Anm. 40 ff vorne), die fehlende Gegenseitigkeit u.a. Der Bereich der Nichtanwendung ist nicht fest umgrenzt und soll es, gerade im Hinblick auf die Relativierung des zweistufigen Kollisionsrechtssystems, auch nicht sein.

590 Jayme, Wandlungen des ordre public 301.

591 Kegel, Internationales Privatrecht 235. Weitere Begriffsumschreibungen (mit Hinweisen) siehe u.a. bei Schwind, Handbuch 79 f; Schwander, Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung 36; Loussouarn/Bourel 341.

gangsfunktion der Vorbehaltsklausel sprechen⁵⁹². - Traditionellerweise wird zwischen der negativen und der positiven Funktion des Ordre public unterschieden. Wie nachfolgend zu zeigen ist, gibt diese Unterscheidung nichts her und kann - insbesondere von der Durchgangsfunktion her besehen - als überholt betrachtet werden. Die negative Funktion des Ordre public legt den Akzent auf die Abwehr des ausländischen Rechts: Dessen Anwendung ist ausgeschlossen, wenn es zu untragbaren Ergebnissen im Einzelfall führt ("Vorbehalts"klausel!). Im Vordergrund soll hier nicht sosehr die Durchsetzung einheimischer Postulate stehen. Eher geht es um die Korrektur einer allenfalls nicht tragbaren (!) Rechtsfolgeanordnung⁵⁹³. Erstaunlicherweise wird noch heute das Schwergewicht auf diese negative Funktion gelegt. So hat etwa das BGr. in einem jüngeren Entscheid ausgeführt⁵⁹⁴: "La clause d'ordre public a une fonction essentiellement négative; elle permet au juge d'exclure l'application du droit étranger, lorsqu'elle heurterait de manière intolérable le sentiment du droit tel qu'il existe généralement en Suisse et violerait les règles fondamentales de l'ordre juridique suisse, ce qui n'est pas déjà le cas lorsque la règle étrangère est contraire à une disposition impérative de droit suisse." Die Unterscheidung von negativer und positiver Funktion liegt auch Art. 17 des Entwurfs zu einem schweizerischen IPR-Gesetz zugrunde. Der erste Absatz dieser Norm bezieht sich auf die negative Funktion:

"¹ Die Anwendung des ausländischen Rechts ist ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar ist." (595)

592 Bucher, Grundfragen 189 ff und 126, wo zutreffend ausgeführt wird: "Die funktionale Bedeutung der Vorbehaltsklausel besteht richtigerweise allein darin, den Rechtsanwendungsbefehl einer auf fremdes Recht verweisenden inländischen Kollisionsnorm zugunsten eines normativ noch nicht oder noch ungenügend erfassten inländischen Rechtsanwendungsinteresses zu durchbrechen." Zur Durchgangsfunktion auch Siehr, Grundrecht der Eheschliessungsfreiheit 105 ff (109). - Einen Fall hiezu aus der jüngeren Praxis der BRD (Ehelichkeitsanfechtung durch das Kind) vgl. in Das Ständesamt 33 (1980) 333 f.

593 Bucher, Grundfragen 115; Schwind, Handbuch 77; Raape/Sturm 200; Neuhaus, Grundbegriffe 367; Schwander, Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung 43.

594 BGE 102 Ia 574 (581), mit Hinweisen auf frühere Entscheide.

595 Zu Art. 17 des Entwurfs vgl. ausführlicher hienach.

Die positive Funktion des Ordre public setzt beim inländischen Recht und bei dessen Anwendungsinteressen an. Danach werden gewisse Rechtssätze der *lex fori* als dem Ordre public zugehörig erklärt. Das sichert ihre Anwendung bei genügender Inlandbeziehung - unabhängig davon, zu welchem Ergebnis das fremde Recht führt und ob es allenfalls von sich aus der *lex fori* weicht⁵⁹⁶. Der schweizerische IPR-Entwurf regelt diese Funktion in Art. 17 II:

"² Gleiches (sc. wie in Abs. 1) gilt, wenn eine Bestimmung des schweizerischen Rechts im Hinblick auf ihren besonderen Zweck ausschliessliche Geltung beansprucht."

Als typische Beispiele zur Veranschaulichung der positiven Funktion des Ordre public werden etwa genannt: Ausfuhrverbote, öffentlichrechtliche Ehehindernisse, Erlasse über den Erwerb inländischer Grundstücke durch Ausländer, Währungs- und Devisenbestimmungen, Schutznormen im Arbeitsrecht usw.⁵⁹⁷. Zum schweizerischen Ordre public gehört ZGB 715, wo die Wirksamkeit eines Eigentumsvorbehalts an die Eintragung ins entsprechende Register geknüpft wird. Umstritten ist das Anwendungsinteresse von ZGB 177 III (Verpflichtungen der Ehefrau zugunsten des Ehemannes). Im interessanten BGE 88 II 1 (4) wurde nach ausgiebiger Prüfung der *ratio legis* entschieden, ZGB 177 III gehöre nicht dem schweizerischen Ordre public an. In einem neueren Entscheid⁵⁹⁸ liess man indessen die Frage offen, ob bei Wohnsitz der Ehegatten in der Schweiz eine ausländische *lex causae* (Heimatrecht) nicht hinter ZGB 177 III zurückzutreten habe. Besonders deutlich tritt die positive Funktion des Ordre public dort in Erscheinung, wo es um die Verwirklichung sozialpolitischer Vorstellungen, den Schutz inländischer Güter, also um das öffentliche Wohl geht. Häufig (aber nicht immer!) sind solche Schutzbestimmungen in öffentlichrechtlichen Normen niedergelegt. In der Doktrin hat sich für Rechtssätze, die "ausschliessliche Geltung" beanspruchen⁵⁹⁹, der Begriff

596 Zur positiven Funktion des Ordre public u.a. Vischer, Kodifikation 16 f; Neuhaus, Grundbegriffe 365; Schwander, Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung 41; Schwind, Handbuch 77 f.

597 Vgl. Schlussbericht 30 u. 65; Schwind, Handbuch 78; Vischer, Kodifikation 17; Siehr, Entwurf 731: mit dem Hinweis auf IPR-Sachnormen als Konkretisierung des Ordre public.

598 BGE 99 II 241.

599 So der schweizerische IPR-Entwurf in Art. 17 II.

"Lois d'application immédiate" eingebürgert⁶⁰⁰. Nach FRANCESCOAKIS, der den Begriff einführt, geht es allgemein um Bestimmungen, "dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique sociale ou économique du pays. Leur véritable caractéristique serait qu'elles s'appliqueraient à l'exclusion des lois étrangères sans que l'on puisse assigner d'avance à toutes un domaine d'application uniforme."⁶⁰¹ Die Umschreibung von FRANCESCOAKIS bringt deutlich zum Ausdruck, dass solche Normen unbedingte Geltung beanspruchen. Insofern handelt es sich um eine gelungene Verdeutlichung der positiven Funktion des Ordre public. Kollisionsrechtlich weniger zu befriedigen vermag der Umstand, wie FRANCESCOAKIS die Unabhängigkeit der "lois d'application immédiate" von jeglicher Zwischenschaltung einer Kollisionsnorm betont. Er schreibt: "Leur application est dite 'immédiate' en ce sens qu'elle se fait sans l'intermédiaire des règles de conflits de lois, notion propre aux conflits de lois de droit privé."⁶⁰² Mit Blick auf den in erster Linie interessierenden Anwendungswillen der betreffenden Normen rückt zugegebenermaßen die kollisionsrechtliche Frage in den Hintergrund. Diese wird implizit aber gestellt und auch beantwortet, indem der "versteckten Kollisionsnorm" der "lois d'application immédiate" gefolgt wird⁶⁰³. Diesen Vorgang im Auge zu behalten ist wichtig für eine allfällige Bilateralisierbarkeit der in den "lois d'application immédiate"

600 Francescakis, *Conflits de lois* 480; ders., *Quelques précisions* 1 ff u. 9 ff; Bucher, *Grundfragen* 67 u. passim; Batiffol, *Pluralisme des méthodes* 136 ff; Toubiana 208 ff; Loussouarn/Bourel 340; Lalive, *Tendances et méthodes* 120 ff; Schwander, *Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung* 184 ff; Schlussbericht 30; Neuhaus, *Neue Wege* 405; France Deby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux* (Thèse Paris 1973) 28 ff.

601 Francescakis, *Conflits de lois* 480 f Nr. 137. Der Begriff "lois d'application immédiate" soll jene Tatbestände erfassen, die früher als "lois de police et de sûreté" und als "lois d'ordre public" bezeichnet wurden. Letztere beiden Begriffe seien in ihrer Abgrenzung unklar: Francescakis a.a.O. 480 Nr. 123 sowie 478 f; siehe auch die Hinweise in Anm. 600 hievor.

602 Francescakis, *Conflits de lois* 480 Nr. 124; vgl. aber ders., *Quelques précisions* 9 f (wo die Zwischenschaltung von Kollisionsnormen anerkannt wird).

603 Mit Hinweis auf KEGEL u.a. Bucher, *Grundfragen* 69 f.

enthaltenen Kollisionsnormen⁶⁰⁴. Er ist von grundlegender Bedeutung auch für die Durchgangsfunktion des *Ordre public*⁶⁰⁵. - Letzteres führt auf die Unterscheidung von negativer und positiver Funktion des *Ordre public* zurück. Diese auseinanderhalten zu wollen ist unmöglich; sie ergänzen sich und hängen voneinander ab. "Denn es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass der Ausschluss des ausländischen Rechts (negative Funktion des *ordre public*) stets nur dadurch erfolgt, dass sich ein entgegenstehender inländischer Rechtssatz jenem gegenüber durchsetzt und an dessen Stelle tritt (positive Funktion des *ordre public*).⁶⁰⁶" In jedem Fall transformiert sich ein qualifizierter Rechtsinhalt der *lex fori* auf die Ebene des *Ordre public* - sei es als Geltung beanspruchender Ausgangspunkt oder als "nachträglich" auftretende Korrekturmöglichkeit. In beiden Fällen auch befindet eine "versteckte" - ausnahmsweise gar eine explizite - Kollisionsnorm über den Anwendungsbereich der qualifizierten Rechtssätze. Der heutige Erkenntnisstand in der Methode der Vorbehaltsklausel liesse vermuten, dass in einem modernen IPR-Gesetz nicht mehr zwischen negativer und positiver Funktion des *Ordre public* unterschieden würde. Gerade das aber hat der schweizerische Gesetzesentwurf erneut und sehr deutlich getan (Art. 17)⁶⁰⁷. Zweifellos kann man sich eine Norm vorstellen, die beide Anliegen (von Abs. 1 und Abs. 2) vereinigen würde oder sogar in einer allgemeinen Ausweichklausel erfassen könnte⁶⁰⁸. Von der Zielsetzung des Entwurfs her, nicht nur dem Spezialisten zugänglich zu sein, mag Art. 17 in der jetzigen Konzeption gerechtfertigt erscheinen. Dies umso mehr, als in der Schweiz unter dem *Ordre public* in erster Linie noch die (negative) Vorbehaltsklausel verstanden wird. Abs. 2 von Art. 17 trägt in diesem Fall zur Verdeutlichung bei.

604 Dazu hinten II.

605 Vgl. bei Anm. 592 vorne.

606 Siehr, Grundrecht der Eheschliessungsfreiheit 104; ebenso Bucher, Grundfragen 116 f (mit Ueberprüfung an Hand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung S. 118 ff).

607 Die Gesetzeswortlaute vgl. hievor.

608 Dazu auch II. hinten.

Schwierig ist eine inhaltliche Umschreibung der *Ordre public*-Klausel. Jede Festschreibung derselben in einer Norm dürfte ihre Kritiker finden. Das hat mehrere Gründe. Als Generalklausel entzieht sich der *Ordre public* normativ klaren Aussagen. Selbst das Bemühen um Verdeutlichungen und Einschränkungen bringt nicht viel - oder wo liegt beispielsweise die Grenze zwischen den "Grundsätzen" und den "wesentlichen Grundsätzen" oder gar den "Grundanschauungen" einer Rechtsordnung? Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Frage, ob der *Ordre public* nur als Ausnahmeklausel (und dann für welche Ausnahmen) oder als kollisionsrechtliche Drehscheibe für "*lois d'application immédiate*" verschiedenster Art konzipiert werden soll. Im übrigen muss die Vorbehaltsklausel so weit gefasst sein, dass sie Veränderungen im Verständnis über Anwendungsinteressen der *lex fori* nicht ausschliesst. Eine positivierte *Ordre public*-Klausel dürfte danach beurteilt werden, ob sie für die Rechtsanwendung Verwirrung stiftet oder ob sie als einfache Norm eine gewisse Leitlinie bietet. Wie steht es diesbezüglich mit Art. 17 des Entwurfs zu einem schweizerischen IPR-Gesetz? Es fällt auf, dass der Terminus "*Ordre public*" im Gesetzestext selbst verwendet und also nicht umschrieben wird. Das schadet nach dem Gesagten nichts. Die Anwendung ausländischen Rechts ist ausgeschlossen, wenn ihr Ergebnis mit dem *Ordre public* "offensichtlich unvereinbar" wäre. In den Stellungnahmen zum Entwurf wird fast durchwegs die Streichung des Wortes "offensichtlich" verlangt⁶⁰⁹. Diesem Begehren muss gefolgt werden, ist ein Anwendungsergebnis doch dann (und nur dann) mit dem *Ordre public* unvereinbar, wenn es bestimmt qualifizierte Rechtsinhalte "offensichtlich" verletzt. Die Frage betrifft nicht die "Offensichtlichkeit", sondern die Qualifizierung der Rechtsinhalte selbst; darüber ist durch Konkretisierung des Begriffs "*Ordre public*" zu befinden. Unerwünscht erscheint das ausdrückliche Abstellen auf den "schweizerischen" *Ordre public* in Abs. 1 von Art. 17⁶¹⁰. Zweifellos geht jede Rechtsordnung von den in ihr

609 Vernehmlassungen 76 ff.

610 Ähnlich das neue österreichische IPR-Gesetz, welches von einer Unvereinbarkeit "mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung" spricht (§ 6). Offener demgegenüber NEUHAUS/KROPHOLLER in ihrem Vorschlag (Art. 30; siehe Vorschläge zur Reform 336), wo ein "Ergebnis" verlangt wird, "das wesentliche Grundsätze des inländischen Rechts oder besonders schutzwürdige Belange in unerträglicher Weise verletzt."

herrschenden Standards aus; sie muss das auch, will sie mit der Vorbehaltsklausel die Beachtung eigener Grundanschauungen sichern. Dazu bedarf es aber keiner ausdrücklichen Bezugnahme auf das eigene Recht, ist dieser Bezug doch schon im Begriff des *Ordre public* enthalten. Hinzu kommt, dass dadurch die Ausrichtung auf einen internationalen *Ordre public* nicht gerade gefördert wird. Dieser tot geglaubte Begriff erfährt zur Zeit eine gewisse Renaissance. Mit ihm ist ein Bewertungssystem gemeint, das auf einem minimalen internationalen Konsens beruht und allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen sowie deren Kodifizierung in internationalen Verhaltensrichtlinien folgt⁶¹¹. In ähnlicher Weise wird von einem europäischen *Ordre public* gesprochen als "Inbegriff der den europäischen Ländern gemeinsamen grundlegenden Rechtsvorstellungen"⁶¹². Man mag einwenden, hierbei könne es sich ohnehin nur um deklaratorische Allgemeinplätze handeln, die für die konkrete Anwendung nichts hergeben. Das trifft zum mindesten für den heutigen Rechtszustand nicht mehr zu. In vielen Konventionen, Erklärungen und Verhaltensrichtlinien lassen sich klare Anweisungen oder immerhin deutliche Zielvorstellungen finden. Diese sind von Bedeutung in zweierlei Hinsicht: Einmal erleichtern sie den Vergleich zwischen eigenen und internationalen Grundanschauungen, was einem bei der Stellungnahme helfen kann. Sodann verringern sie die Zahl der Fälle, in denen der *Ordre public* im Verhältnis zu Staaten der gleichen Gemeinschaft angerufen wird⁶¹³. Unbestritten ist, dass der internationale *Ordre public* nur dort Beachtung finden kann, wo ihn der

611 Horn 426 u. 448 f; mit Vorbehalten Wiethölter 170 f u. 176 f; kritisch (mit fragwürdigem Argument) Neuhaus, Grundbegriffe 372 f; ablehnend auch BGE 102 Ia 574 (583). Bekanntster Verfechter eines internationalen *Ordre public* ist seit langem STOECKER; in seiner jüngsten Publikation weist er hin auf Wechselbeziehungen zwischen dem *Ordre public* und der Europäischen Menschenrechtskonvention: Hans A. Stöcker, Internationaler *ordre public* zum Schutz der Menschenrechte, in: Das Standesamt 34 (1981) 16 - 22.

612 Horn 449; einem solchen zustimmend Neuhaus, Grundbegriffe 372. Vgl. auch Raape/Sturm 204.

613 Für die Schweiz ist ohne Bedeutung, dass sie manchen Organisationen nicht angehört (wie z.B. der UNO oder der EG). Dem Gehalt vieler der von diesen Organisationen erlassenen Richtlinien wird die schweizerische Rechtsordnung zustimmen können.

nationale Ordre public sanktioniert⁶¹⁴. Letzterer muss für diese Aufgabe offen gehalten werden. Das ist in Art. 17 I des schweizerischen Entwurfs nicht geschehen. Zwar könnten im "schweizerischen" Ordre public nach dem Gesagten auch internationale Standards Aufnahme finden. Das ist indessen nach dieser Formulierung nicht das Naheliegendste! "Schweizerisch" sollte deshalb in diesem Absatz gestrichen werden⁶¹⁵. - Die Ausrichtung nicht nur auf den "schweizerischen" Ordre public steht auch im Einklang mit einem weiteren Anwendungsprinzip, nämlich mit der Relativität der Vorbehaltsklausel. Zu den bisherigen Aspekten der Relativität - Binnenbeziehung, Normalanknüpfung usw.⁶¹⁶ - tritt die Berücksichtigung internationaler Standards auf dem Weg des internationalen Ordre public. Mit Hilfe "internationaler Kontrollmassstäbe"⁶¹⁷ lässt sich als weiteres Kriterium ein Vergleich über den Stellenwert des einheimischen Ordre public durchführen. Ein solcher mag bisweilen - allein oder im Verband mit anderen Aspekten der Relativität - über die Anwendung der Vorbehaltsklausel entscheiden.

Die Wirkung des Ordre public besteht in der Nichtanwendung des zuständigen fremden Rechtssatzes. In vielen Fällen hat es damit sein Bewenden. So kann beispielsweise eine Rechtsfrage unter Weglassung bestimmter ausländischer Eingriffsnormen beantwortet werden. Häufig ist diejenige einheimische Sachnorm anzuwenden, die durch Geltendmachung ihres Anwendungswillens die Ausschaltung des fremden Rechtssatzes bewirkt hat. Letzteres ist die Funktionsweise sämtlicher "lois d'application immédiate". Vereinzelt Fälle bleiben übrig, in denen eine Ersatzlösung gesucht werden muss⁶¹⁸. Ein Beispiel⁶¹⁸: Sieht die ausländische lex causae keine oder nur

614 Horn 451 f.

615 Nach der für Art. 17 getroffenen Konzeption kann hingegen der Bezug auf "eine Bestimmung des schweizerischen Rechts" in Abs. 2 so belassen werden, geht es doch diesfalls um die "lois d'application immédiate" der schweizerischen lex fori. (Zum sog. positiven Ordre public eines Drittstaates vgl. Art. 18; dazu hinten II.)

616 Kegel, Internationales Privatrecht 239 f; Bucher, Grundfragen 128 ff; Raape/Sturm 210 ff u. 215.

617 Jayme, Wandlungen des ordre public 307 (unter Vorlage einer Art Checkliste für die Anwendung der Vorbehaltsklausel).

618 Bucher, Grundfragen 127; Neuhaus, Grundbegriffe 376.

sehr geringe Unterhaltspflichten des ausserehelichen Vaters gegenüber seinem Kind vor, so kann die Frage nach der Bemessung dieser Pflicht nicht ohne weiteres beantwortet werden. Möglich ist eine integrale ersatzweise Anwendung der *lex fori* (die ja den *Ordre public* geltend gemacht hat)^{618a}. Ebenso denkbar ist eine modifizierte Handhabung von unterhaltsrechtlichen Instituten aus anderen Bereichen der *lex causae* - unter Berücksichtigung der Vorstellungen des inländischen Rechts. Erwägen könnte man auch, die Regelung eines der *lex causae* verwandten Rechts beizuziehen, sofern daselbst solche Ansprüche vorgesehen sind. Die in der Doktrin herrschende Meinung verlangt eine Lösung möglichst im Rahmen der *lex causae*⁶¹⁹. Das ist an sich richtig. Allerdings muss mit BUCHER unterstrichen werden, "dass dem konkreten Ergebnis nur innerhalb der inländischen Rechtsordnung rechtliche Wirklichkeit zukommt"⁶²⁰. Das hat auch der Mechanismus der Durchgangsfunktion des *Ordre public* gezeigt. So sind es letztlich immer "besondere inländische Sachnormen"⁶²¹, die als "Ersatz" recht Anwendung finden. Dass es nicht stets das inländische Recht in seiner ursprünglichen Form zu sein braucht, will das Postulat einer Lösung "im Rahmen" der *lex causae* hervorheben. Interessant, wenn auch nicht sehr deutlich in dieser Hinsicht ist § 6 des neuen österreichischen IPR-Gesetzes. Verstösst eine ausländische Norm gegen den *Ordre public*, gilt folgendes: "An ihrer Stelle ist erforderlichenfalls die entsprechende Bestimmung des österreichischen Rechtes anzuwenden." Mit dem Zusatz "erforderlichenfalls" soll der Weg offen gehalten werden, eine andere Lösung als die unmittelbare Anwendung der *lex fori* wählen zu können⁶²². Den direkten Rückgriff auf das inländische Recht verlangt § 7 III

618a Ein Beispiel hiezu findet sich in Das Standesamt 33 (1980) 333 f (334 linke Spalte): Durchführung der Ehelichkeitsanfechtung durch das Kind nach inländischem Recht, wenn die fremde *lex causae* keine solche Anfechtungsklage kennt.

619 Lalive, *Tendances et méthodes* 248; Kegel, *Internationales Privatrecht* 243; Neuhaus, *Grundbegriffe* 390 f; Goldschmidt, *Philosophische Grundlagen* 213; Loussouarn/Bourel 352 ff.

620 Bucher, *Grundfragen* 127 f.

621 Bucher, *Grundfragen* 128.

622 Schwind, *Prinzipien* 113; vgl. auch Duchek/Schwind N 3) zu § 6. Im Entwurf SCHWIND war noch eine detailliertere Ersatzregelung vorgesehen; sie wurde als zu kompliziert abgelehnt. Der Wortlaut derselben

des neuen ungarischen IPR-Gesetzes⁶²³: "Anstelle des nicht angewandten ausländischen Rechts muss das ungarische Recht angewandt werden." Still-schweigen bewahrt in dieser Frage Art. 17 des Entwurfs zu einem schweizerischen IPR-Gesetz. Das ist richtig und ohne Probleme für Absatz 2 der Bestimmung, wo die Anwendung der "lois d'application immédiate" vorgesehen wird. Für Absatz 1 wird man "im übrigen" vom Schlussbericht der Expertenkommission auf "die von der Praxis und Doktrin entwickelten Grundsätze" verwiesen⁶²⁴. Das hilft nicht viel weiter, zumal die Lehre differenziert, während das Bundesgericht grundsätzlich zur *lex fori* greift⁶²⁵. Wird von einem qualifizierten Schweigen in Art. 17 I ausgegangen, so dürfte man (relativ) freie Hand für eine adäquate Lösung haben. Diese ist zu finden mit Hilfe der "versteckten" Kollisionsnormen der betreffenden inländischen Rechtssätze, in Würdigung anderer und funktionsverwandter Normen der *lex causae* sowie allenfalls unter Berücksichtigung von Art. 15 III des Entwurfs. Die Lösung wird vor allem bestimmt durch die normative Dichte der den fremden Rechtssatz ausschliessenden Norm der *lex fori*.

2. Konkretisierung des Ordre public im Verfassungsrecht

a. Inländisches Verfassungsrecht

Das Ergebnis der Anwendung eines ausländischen Rechtssatzes muss konform gehen mit den Grundrechten der inländischen Verfassung. Dies hat

ist abgedruckt u.a. bei Mänhardt 66: "Anstelle der durch den Abs. I ausgeschlossenen Bestimmung des fremden Rechtes ist erforderlichenfalls entweder die nächstverwandte Bestimmung dieses Rechtes oder die einschlägige Bestimmung derjenigen Rechtsordnung, zu der der Sachverhalt sonst die engste Beziehung hat, oder die des österreichischen Rechtes anzuwenden, je nachdem, welche dieser Bestimmungen der durch den Abs. I ausgeschlossenen fremden Bestimmung im Ergebnis am nächsten kommt."

623 Abgedruckt bei Benkö/Peuster 9.

624 Schlussbericht 64.

625 Zur bundesgerichtlichen Praxis Bertolf 105 ff.

das deutsche Bundesverfassungsgericht im sog. Spanier-Beschluss v. 4.5.1971 entschieden⁶²⁶. Dabei erachtete das Verfassungsgericht die bisherige Praxis des Bundesgerichtshofs, wonach Grundrechte nur unter den (allgemeinen) Voraussetzungen des Ordre public rechtliche Wirkung entfalten könnten, als zu restriktiv. Wörtlich führte es aus⁶²⁷:

"Soweit ... ausländisches Recht berufen wird, lässt sich angesichts der Verschiedenheit und Wandelbarkeit der ausländischen Regelungen vom Standpunkt des Gesetzgebers kaum übersehen, welchen möglichen Inhalt eine zur Anwendung kommende ausländische Norm haben kann und wie sie sich unter den Voraussetzungen des Einzelfalles auswirken wird.

Um so weniger geht es an, bei diesem 'Sprung ins Dunkle' ... die verfassungsrechtliche Prüfung auszusetzen und die Betroffenen ohne den Schutz der Grundrechte dem ungewissen Ergebnis der jeweiligen Anwendung des durch die Kollisionsnorm berufenen ausländischen Rechts zu überlassen. Die Grundrechte bilden einen untrennbaren Teil der Verfassung; sie sind der eigentliche Kern der freiheitlich-demokratischen Ordnung des staatlichen Lebens im Grundgesetz. Ihre Reichweite kann daher nicht davon abhängen, in welcher Weise eine bestimmte Materie durch das einfache Recht geregelt ist; sie ist vielmehr unmittelbar aus den Verfassungsnormen selbst zu erschliessen."

Als Einbruchstelle für Grundrechte hat das Bundesverfassungsgericht allerdings den Ordre public erneut in Betracht gezogen. Nur sollte jetzt jede Grundrechtsverletzung, nicht nur eine Antastung des Grundrechts in seinem Wesensgehalt, zur Anwendung der Vorbehaltsklausel führen. Das Bundesverfassungsgericht wörtlich⁶²⁸:

Ein Ausschluss der Anwendung fremden Rechts "könnte entweder dadurch erreicht werden, dass in den Grundrechten eine Schranke gesehen wird, die unmittelbar die Anwendung des durch eine Kollisionsnorm berufenen Rechts begrenzt, oder aber durch Heranziehung des Art. 30 EGBGB. Bei der zweiten Lösung dürfte allerdings nicht zwischen tragbaren und untragbaren Grundrechtsverletzungen unterschieden werden. Vielmehr müsste eine Durchsetzung der Grundrechte über Art. 30 EGBGB die Klausel schlechthin als

626 Den Wortlaut des Beschlusses siehe u.a. in IPRspr. 1971 Nr. 39.

627 A.a.O. (Anm. 626) S. 110 f.

628 A.a.O. (Anm. 626) S. 119.

'Einbruchstelle' der Grundrechte in das IPR verstehen ... mit der Folge, dass jede durch die Anwendung ausländischen Rechts im Einzelfall bewirkte Grundrechtsverletzung das Eingreifen des deutschen ordre public auslöst."

Seit diesem Entscheid ist über das Verhältnis von ausländischem Sachrecht und einheimischen Grundrechten sehr viel geschrieben worden, vor allem in der Kollisionsrechtsliteratur der BRD. Es scheint, dass in der deutschen Lehre und Rechtsprechung die Entwicklung eines einseitigen Kollisionsrechts für den Anwendungsbereich der Grundrechte nicht so verlaufen ist, wie man nach dem "Spanier-Entscheid" hätte erwarten können⁶²⁹. Es hat zwar nicht an Stimmen namhafter Autoren gefehlt, die konkrete Kollisionsnormen unter Berücksichtigung der Grundrechte vorgeschlagen und den Ordre public zur Bestimmung des Geltungswillens der Grundrechte für entbehrlich gehalten haben⁶³⁰. Doch ist andererseits darauf hingewiesen worden, solche Kollisionsnormen befänden sich nicht ausserhalb des Ordre public und stellten nur (wenn auch immerhin) eine Konkretisierung desselben dar. Nach KEGEL ist es "daher nur eine Frage der Etikettierung", ob man die Grundrechte in den Ordre public einbezieht oder einem besonderen Kollisionsrecht unterstellt⁶³¹. - Von Bedeutung ist der "Spanier-Beschluss" des deutschen Bundesverfassungsgerichts in jedem Fall. Er hat klargemacht nicht nur die Abhängigkeit kollisionsrechtlicher Anknüpfungen von der Verfassung - im schweizerischen Recht wäre beispielsweise auf BV 54 III hinzuweisen -, sondern auch die Bedeutung von Grundrechtsgehalten für die Vorbehaltsklausel. In manchen Fällen liesse sich über die Rangordnung inländischer Rechtssätze mehr

629 Siehe u.a. Otto Sandrock, Das "einseitige Kollisionsrecht für die Verfassung" und das ausländische Privatrecht: viel Lärm um nichts?, in: FS F.A. Mann (München 1977) 267 - 288 (268).

630 Vgl. etwa Siehr, Grundrecht der Beschliessungsfreiheit 111 f u. 115.

631 Kegel, Internationales Privatrecht 242; vgl. auch Neuhaus, Grundbegriffe 381; Bucher, Grundfragen 184 f. - Gegen ein "Kollisionsrecht für die Verfassung" ist der deutsche Entwurf KUEHNE; dieser berücksichtigt die Grundrechte durch ausdrückliche Nennung in der Ordre public-Klausel. § 7 des Entwurfs KUEHNE lautet (vgl. Reform des deutschen IPR 124 sowie 77):

"Ausländisches Recht ist nicht anzuwenden, soweit seine Anwendung im Einzelfall der öffentlichen Ordnung, insbesondere den Grundrechten der Verfassung, widersprechen würde."

erfahren, würden die Grundrechte auf ihren *Ordre public*-Gehalt hin befragt. Nicht in jedem Fall müsste eine Antwort so deutlich ausfallen wie bei BV 54 I: "Das Recht zur Ehe steht unter dem Schutze des Bundes."

b. Verfassungsrecht der *lex causae*

Es kann vorkommen, dass ein fremdes Gesetz gegen die Verfassung der betreffenden ausländischen Rechtsordnung verstösst. Hiebei stellt sich die Frage, ob der inländische Richter die Verfassungsmässigkeit überprüfen und einen allenfalls verfassungswidrigen Rechtssatz von der Anwendung ausschliessen darf⁶³². Wird die Frage bejaht, könnte man bei einer Grundrechtsverletzung durch ein ausländisches Gesetz von der Berücksichtigung des fremden *Ordre public* - als Einbruchstelle der Grundrechte - sprechen⁶³³.

Ausgangspunkt bildet - wie stets - die einheimische Kollisionsnorm. Sie verlangt eine Anwendung des fremden Rechts "so wie" in der betreffenden Rechtsordnung. Dieser Befehl ist in bezug auf die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit fremder Gesetze zu konkretisieren⁶³⁴. In vorläufigem Sinne folgt daraus, dass für Verfahren, Voraussetzungen und Beschränkungen der Normenkontrolle auf die *lex causae* abzustellen ist. Verbietet diese eine Prüfung der Verfassungsmässigkeit, so ist der inländische Richter an dieses Verbot gebunden, selbst wenn die *lex fori* in ihrem Bereich die Überprüfung zulässt. Das ist unbestritten⁶³⁵.

632 Um die gleiche Frage geht es *mutatis mutandis* bei der Prüfung der Übereinstimmung einer Verordnung mit dem Gesetz.

633 Dieser Aspekt ist freilich nicht der einzige bei der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit. U.a. geht es auch um Fragen des Gesetzgebungsverfahrens (Kompetenz, Delegation, Verfahren selbst, Inkrafttreten).

634 Zutreffend Neumayer, Normenkontrolle 585; Ferid, Wechselbeziehungen 146.

635 Neumayer, Normenkontrolle 589; Lipstein 267; Neuhaus, Grundbegriffe 338.

Sieht die ausländische Rechtsordnung für die Feststellung einer Verfassungswidrigkeit ein besonderes Verfassungsgericht vor, ist die Inzidentprüfung dem inländischen Richter ebenso versagt wie einem ordentlichen Gericht des fremden Staates. Der allenfalls verfassungswidrige Rechtszustand ist bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichts hinzunehmen. Ein inländischer Richter darf sich nicht die rechtsbildende Funktion ausländischer Verfassungsgerichtsbarkeit - mit der Wirkung *erga omnes* - anmassen⁶³⁶. Für diesen Fall hat NEUMAYER⁶³⁷ immerhin vorgeschlagen, es müsse dem Richter gestattet sein, in einer unverbindlichen Vorprüfung die Verfassungsmässigkeit untersuchen zu dürfen. Je nach dem Ergebnis müsse der Richter befugt sein, die Streitfrage dem ausländischen Verfassungsorgan vorzulegen (auf diplomatischem Weg oder über das oberste Gericht des Forumstaates). Diese Befugnis kann durchaus mit dem Sinn der einheimischen Kollisionsnorm vereinbart werden. Nur lässt sich bezweifeln, ob die fremde Rechtsordnung eine Antragsberechtigung ausländischer Stellen anerkennt⁶³⁸. Auch NEUMAYER übersieht diesen Aspekt nicht. Würde ein fremdes Verfassungsgericht sich bereit erklären, den Antrag einer ausländischen Stelle entgegenzunehmen, könnte der Entscheid im Inland bis zur Stellungnahme des Verfassungsgerichts ausgesetzt werden.

Umstritten ist die Kompetenz des inländischen Richters zur Ueberprüfung der Verfassungsmässigkeit, wenn die *lex causae* kein besonderes Verfassungsgericht vorsieht und die Inzidentprüfung allgemein zulässt. Nach dem hievor Gesagten, es sei auf die Ordnung der *lex causae* abzustellen, käme dem einheimischen Richter die Befugnis zur Ueberprüfung zu. Dieser Auffassung ist auch ein Grossteil der Lehre⁶³⁹. Demgegenüber vertreten einige

⁶³⁶ Neumayer, Normenkontrolle 592 f.; Ferid, Wechselbeziehungen 147; Lipstein 266 f.; Carbone 687; Neuhaus, Grundbegriffe 338; Kahn-Freund, General Problems 449.

⁶³⁷ Neumayer, Normenkontrolle 596 f.

⁶³⁸ Vgl. die Hinweise bei Neuhaus, Grundbegriffe 338 Anm. 935.

⁶³⁹ Neumayer, Normenkontrolle 590; Neuhaus, Grundbegriffe 338; Ferid, Wechselbeziehungen 147; grundsätzlich auch Niederer 342; weitere Hinweise bei Carbone 688.

Autoren die Meinung, logisch sei diese Folgerung zwar richtig, doch würden sich hiegegen erhebliche rechtspolitische Einwände ergeben. Es könne nicht Sinn des einheimischen Kollisionsrechts sein, Eingriffe in die verfassungsmässige Kompetenzordnung der *lex causae* zuzulassen⁶⁴⁰. Dem Forumrichter sei deshalb diese rechts"politische" Befugnis nicht einzuräumen. Verkannt werden diese Ueberlegungen auch von jenen nicht, die grundsätzlich eine Ueberprüfung der Verfassungsmässigkeit zulassen. Sie mahnen zu "Zurückhaltung" und verlangen, dass in der Praxis der *lex causae* selbst schon Zweifel an der Verfassungsmässigkeit laut wurden⁶⁴¹. SCHWIND meint, es sei "davon auszugehen, dass das geltende Recht auch der Verfassung entspricht"⁶⁴²; nur "manifeste Bedenken"⁶⁴² könnten diese Annahme erschüttern. Richtig hieran ist, dass die ganze Problematik des richterlichen Prüfungsrechts vermehrt in Zusammenhang mit der Geltung fremden Rechts gesehen werden sollte. Vorne wurde auseinandergesetzt, dass es dabei um die sog. faktische Geltung geht⁶⁴³. Es würde einen Widerspruch bedeuten zu diesem Geltungsbegriff, liesse man eine Ueberprüfung der Verfassungsmässigkeit unbesehen von der Geltung der betreffenden Rechtssätze zu. Diesen Zusammenhang übersieht neben anderen auch NEUMAYER, obwohl er die "tatsächliche Geltung"⁶⁴⁴ ausdrücklich erwähnt. Hat sich eine bestimmte Rechtsauffassung, beispielsweise die Auslegung einer unklaren Norm, in der ausländischen Rechtsprechung etabliert (insbesondere in der Judikatur der obersten Gerichte), muss diese als faktisch geltend betrachtet werden. Hier bleibt kein Platz für die Ueberprüfung der Verfassungsmässigkeit. Eine solche ist dort nicht ausgeschlossen, wo eine "Fortentwicklung" nicht im Widerspruch zur Geltung steht oder sich gar in der *lex causae* selbst anbahnt. Die Befugnis zur Ueberprüfung

640 Batiffol/Lagarde 419; Kahn-Freund, General Problems 451; weitere Hinweise bei Carbone 688. Zu widerlegbaren völkerrechtlichen Einwänden Neumayer, Normenkontrolle 574 ff.

641 Etwa Niederer 342 f; Simitis, Entscheidungsfindung 12 Anm. 53 (mit kritischem Hinweis auf die Rolle des ausländischen Gutachters in dieser Beziehung).

642 Schwind, Prinzipien 112.

643 Siehe bei Anm. 358 ff.

644 Neumayer, Normenkontrolle 585.

der Verfassungsmässigkeit ist also nicht grundsätzlich ausgeschlossen; sie aktualisiert sich - als Notventil von der *lex causae* her - aber nur in Ausnahmefällen. Wird diesfalls eine Verfassungswidrigkeit festgestellt, so hat diese Vorrang vor der Feststellung eines Verstosses gegen die Verfassung (bzw. den *Ordre public*) der *lex fori*.⁶⁴⁵

II. Sonderanknüpfung⁶⁴⁶

1. Fragestellung

Neben der *lex fori* können Normen einer dritten Rechtsordnung im Einzelfall Geltung beanspruchen und so die an sich zuständige fremde *lex causae* verdrängen wollen. Einen solchen Geltungswillen enthalten vor allem öffentlichrechtliche Eingriffsnormen. Zwar können sich diese im Forumstaat nicht ohne Gutheissung der kollisionsrechtlichen *lex fori* durchsetzen, doch gibt es Konstellationen, in denen sich deren Beachtung mehr oder weniger aufdrängt. In "Zugzwang" gerät das inländische Kollisionsrecht beispielsweise dort, wo durch gültige Rechtswahl ein Arbeitsvertrag einem andern als dem Recht am Arbeitsort unterstellt wurde, letzteres aber bestimmte Schutzvorschriften zwingend zur Anwendung bringen will⁶⁴⁷. Oder: Zum Schutz einheimischer Kulturgüter werden vermehrt Ausfuhrverbote erlassen; solche können sich auf die Erfüllung eines Vertrages auswirken, der einer fremden *lex causae* untersteht. Devisengesetzgebungen ausserhalb der *lex causae* dürfen bei der rechtlichen Beurteilung vieler Zahlungsabwicklungen nicht unberücksichtigt bleiben. Es liegt auf der Hand, dass solche den Wirtschaftsverkehr der Privatrechtssubjekte beeinflussenden Eingriffsgesetze rechtspolitischen Zündstoff - weil auf nationale Belange ausgerichtet - in sich

645 Neuhaus, Grundbegriffe 338 Anm. 934.

646 Besonderer Dank ergeht an den Verfasser den Herren Prof. Dr. A. HEINI (Zürich) und PD Dr. K. SIEHR (Hamburg), welche ihm wertvolle Unterlagen überliessen und sich bereitwillig zu Gesprächen fanden.

647 Siehe das Beispiel in Schlussbericht 216.

bergen. Dieser Umstand kompliziert die kollisionsrechtliche Lösung. Schwierigkeiten bereite er schon, als es um die Einbeziehung solcher Eingriffsnormen in die anwendbare *lex causae* ging⁶⁴⁸. Diese Frage, d.h. der Umfang der an sich zuständigen Rechtsordnung selbst, steht hier nicht mehr zur Diskussion. In diesem Abschnitt geht es allein um "zwingende" Normen eines dritten Rechts, die die *lex causae* verdrängen möchten. Entstammen diese der *lex fori*, stellt sich insofern kein Problem, als sie sich über den inländischen *Ordre public* Geltung zu verschaffen mögen; darauf ist nicht zurückzukommen. Differenzierungen können sich allenfalls dort ergeben, wo die materielle *lex fori* auch *lex causae* ist und zugleich ausländische Eingriffsnormen angewendet sein wollen. Diese Fallkonstellation wird bei der Diskussion um die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen allgemein zuwenig beachtet. Auf sie wird vor allem in Zusammenhang mit Art. 18 des Entwurfs zu einem schweizerischen IPR-Gesetz einzugehen sein. - Als besonderes Problem des *Ordre public*⁶⁴⁹ kann die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen deshalb betrachtet werden, weil es um fremde Normen geht, die gegenüber dem an sich zuständigen Recht eine qualifizierte Stellung - wohl durchwegs als "*lois d'application immédiate*" - beanspruchen.

2. Lösungsmöglichkeiten

a. Innerhalb der *lex causae*

Nach traditioneller Lehre und Rechtsprechung sind die Rechtsfolgen für die konkrete Rechtsfrage ausschliesslich der *lex causae* zu entnehmen (unter Vorbehalt des einheimischen *Ordre public*). Für Normen einer weiteren Rechtsordnung, die in casu angewendet sein wollen, besteht demnach kein Platz⁶⁵⁰. Gleichwohl sieht heute jedermann ein, dass fremden Eingriffsnormen, die über verschiedene Möglichkeiten zur faktischen Beeinflussung

648 Vgl. ausführlich § 1 II. dieses Abschnitts.

649 Hierzu auch Toubiana 234 ff.

650 U.a. Vischer, Internationales Vertragsrecht 211; v. Hoffmann 396 f.

des Wirtschaftsverkehrs verfügen, irgendwie Rechnung zu tragen ist. "Kein Richter kann übersehen, dass die Sondergesetze sehr oft in die Leistungspflicht des individuellen Schuldners eingreifen oder diesem Handlungen vorschreiben.⁶⁵¹" Ein Grossteil der Lehre schlägt deshalb vor, Eingriffsnormen eines Drittstaates als solche nicht anzuwenden, sie aber im Rahmen materiellrechtlicher Behelfe der lex causae zu berücksichtigen.

Eine wichtige Einbruchsstelle für die tatsächliche Berücksichtigung fremder Eingriffsnormen bietet die Lehre von der Unmöglichkeit der vertraglichen Leistung. Dies vor allem in Fällen, wo nach Abschluss des Vertrages ein Verbotsgesetz erlassen und so die gehörige Erfüllung des Vertrages "verunmöglicht" wird. Hiebei geht es nicht in erster Linie um eine tatsächliche Unmöglichkeit - z.B. Beschlagnahme des Leistungsgegenstandes -, sondern um die rechtliche Unmöglichkeit im Sinne der Unzumutbarkeit der Leistung. Die Leistung als solche mag tatsächlich noch erbringbar sein - z.B. Wegtransport trotz Ausfuhrverbot -, es wird aber als unzumutbar erachtet, "die Sanktion der verbotswidrigen Leistung auf sich zu nehmen"⁶⁵². Dieser materiellrechtliche Behelf wird deshalb empfohlen, weil mehr oder weniger jedes Schuldrecht eine Regelung für den Fall der Unmöglichkeit bzw. der Unzumutbarkeit einer Leistung enthält. Die Beachtung dogmatischer Unterschiede wird der Anwendung der lex causae im Einzelfall überlassen⁶⁵³. Diese Verweisung auf den Einzelfall befriedigt nicht restlos, sind mit ihr doch zu viele Unsicherheiten verbunden. Unsicherheiten auch, die von den Anhängern einer solch materiellrechtlichen Lösung innerhalb der lex causae gerne den Vertretern einer Sonderanknüpfung vorgeworfen werden (dazu hinten)! BAER hat in seiner Habilitationsschrift die Grenzen einer Lösung über die Unmöglichkeit der Leistung in extenso aufgezeigt⁶⁵⁴. Es sind deren einige. So ergeben sich Schwierigkeiten im Hinblick auf die Konkretisierung

651 Vischer, Internationales Vertragsrecht 205.

652 Bär 49.

653 Bär 47 f; zur Berücksichtigung fremder Eingriffsgesetze mittels der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung auch Vischer, Internationales Vertragsrecht 206 ff, Schulte 32 ff sowie die bei Bär 46 Anm. 2 genannten Autoren.

654 Bär 53 ff (- 146).

der Unmöglichkeit⁶⁵⁵. Versteht eine Rechtsordnung darunter auch Fälle der Unzumutbarkeit (worauf es hier vor allem ankommt), ist im einzelnen zu prüfen, welche (unterschiedlichen) Anforderungen an die "Opfergrenze" gestellt werden. Einem wünschbaren Ergebnis zuwiderlaufen kann der durch dogmatische Feinheiten verursachte Umstand, dass die *lex causae* im Einzelfall eine "Ausschaltung der befreienden Unmöglichkeitssanktion"⁶⁵⁶ statuiert. Zu denken ist etwa an eine Ausschaltung mittels Vertragsauslegung. Diese führt - durch richterlichen Entscheid - allenfalls zum Ergebnis, die Leistung sei, unabhängig von voraussehbaren oder nicht voraussehbaren Hindernissen, garantiert worden⁶⁵⁷. Der Garantiegedanke spielt häufig dort mit, wo ein irgendwie "voraussehbares" Ereignis dem Risikobereich des Schuldners zugerechnet und dieser bei Nichtleistung zu Schadenersatz verpflichtet wird⁶⁵⁸. Ein solches Resultat befriedigt nicht immer und fördert zudem die Verwischung der Grenzen von ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit. Zur Umgehung dieser Probleme, insbesondere der Garantiefragen, wird auch vorgeschlagen, es seien eher Lösungen zu suchen mit Hilfe der clausula rebus sic stantibus oder der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage⁶⁵⁹. In manchen Fällen mag ein solcher Weg in der Tat weiterhelfen. Nur ist er in seiner Tragweite ebensohäufig nicht absehbar. Die bisher genannten Lösungsvorschläge haben zudem einen Widerspruch zu bewältigen, der vor allem in der Judikatur zur Unmöglichkeitslehre offenbar geworden ist. Es geht um folgendes. Würde die fremde Eingriffsnorm der *lex causae* angehören, wäre sie unter Umständen von der Anwendung deshalb auszuschliessen, weil sie im Ergebnis gegen den inländischen *Ordre public* ver-

655 Bär 53 ff.

656 Bär 61 (ff).

657 Bär 62.

658 Mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Praxis Bär 66 ff. - Keine Probleme hierin sieht Anton Heini, *Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht* (Akademische Antrittsrede vom 24. Nov. 1980; noch unveröffentlicht) III. A.; für HEINI lassen sich "vorhersehbare" und "nicht vorhersehbare" Leistungshindernisse offenbar problemlos auseinanderhalten.

659 Bär 88; Heini, *Ausländische Staatsinteressen* (vgl. Anm. 658) III. B. 2.

stösst. Ist dieselbe Norm aber zu "berücksichtigen", wenn sie der zuständigen Rechtsordnung nicht angehört? Die Frage ist unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeitstheorie und verwandter Behelfe zu bejahen. Denn: "Je horrender eine ausländische Gesetzesmassnahme erscheint, desto grösser ist sehr oft der Druck, der auf dem Schuldner lastet, und desto eher sollte der Richter geneigt sein, diese Zwangslage zu berücksichtigen."⁶⁶⁰ Die schweizerische Praxis ist dem in älteren Entscheiden nicht gefolgt und hat eine Beachtung fremder Eingriffsgesetze in jedem Fall abgelehnt, wenn sie gegen den schweizerischen Ordre public verstiesse. So führte das Bundesgericht aus: "Ob nämlich ausländische, der einheimischen öffentlichen Ordnung widersprechende Vorschriften direkt oder indirekt, auf dem Umwege über ihre tatsächlichen Wirkungen, angewendet werden, läuft praktisch auf dasselbe hinaus. Der schweizerische Richter muss deshalb die eine wie die andere Anwendung ablehnen und die Vorschriften also auch in ihren Wirkungen unberücksichtigt lassen."⁶⁶¹ Vom Ergebnis her befriedigt diese Auffassung nicht; dogmatisch gesehen zeichnet sie sich durch Folgerichtigkeit aus. Sie macht zudem deutlich, dass jede materiellrechtliche Lösung innerhalb der *lex causae* am Ordre public des Forums zu messen ist.⁶⁶² Im übrigen zeigt die bundesgerichtliche Praxis, dass die Gerichte den Anforderungen, die eine Lösung im Rahmen der *lex causae* stellt, nicht ohne weiteres gewachsen sind. Dies sollte dort bedacht werden, wo dem Vorschlag für eine Sonderanknüpfung vorgeworfen wird, die Praxis sei damit überfordert.

Als weitere Möglichkeit einer materiellrechtlichen Lösung hat HEINI jüngst angeregt, die Schaffung materiellen Sonderrechts zu erwägen⁶⁶³. Es könne nämlich in gewissen Fällen gefragt werden, ob nicht - international-rechtlich gesehen - innerhalb der *lex causae* eine Lücke entstehe. Diese sei gemäss ZGB I II u. III (bzw. nach den hierfür bestehenden Richtlinien der *lex causae*) zu schliessen. Als Beispiel nennt HEINI aus dem Bürgschaftsrecht

660 Vischer, Internationales Vertragsrecht 210.

661 BGE 60 II 294 (311 f.). Vgl. auch BGE 68 II 203 (210) und die Hinweise bei Bär 122 f. (insbes. Anm. 222).

662 Dazu Vischer, Internationales Vertragsrecht 211; Bär 124 f.

663 Heini, Ausländische Staatsinteressen (vgl. Anm. 658) III. B. 2.

Art. 501 IV des OR⁶⁶⁴. Interessant ist demgegenüber, dass BAER die Bestimmung von OR 501 IV als "gesetzliche Sonderanknüpfung" versteht⁶⁶⁵. Zweifellos enthält die genannte Norm eine kollisionsrechtliche Aussage über den "Anwendungs"bereich der betreffenden Eingriffsgesetze. Insofern handelt es sich um eine Sonderanknüpfung. Man kann aber auch sagen, die Bestimmung enthalte materielles Sonderrecht, das in einer "versteckten" Kollisionsnorm der "Berufung" durch den Bürgen auf die ausländischen Eingriffsgesetze normative Bedeutung zukommen lasse. Schon hier kann darauf hingewiesen werden, dass sich die materiellrechtlichen Lösungsansätze und die kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung nicht in dem Mass unterscheiden, wie man auf den ersten Blick meinen könnte.

Für eine bestimmte Kategorie von Fällen - Schmuggel von Devisen und anderen Gegenständen, deren Ausfuhr verboten ist - wurde vorgeschlagen, den fremden Eingriffsnormen im Rahmen des Gebots der "guten Sitten" Rechnung zu tragen. Danach soll ein Vertrag, der einschlägige Verbotsgesetze umgeht, nach der *lex causae* wegen Verstoss gegen die guten Sitten für nichtig erklärt werden⁶⁶⁶. Neben der englischen Rechtspraxis⁶⁶⁷ hat sich vor allem der deutsche Bundesgerichtshof auf diesen Behelf gestützt. Aufschlussreich ist dessen Urteil (II. Zivilsenat) v. 22. Juni 1972⁶⁶⁸. In diesem Fall ging es um die Wirksamkeit einer für einen Seetransport abgeschlossenen Versicherung. Zu transportieren waren Kunstgegenstände aus Nigeria. Anwendbar war deutsches Recht. Der BGH entschied, wegen eines fehlenden versicher-

664 OR 501 IV lautet: "Wird die Leistungspflicht eines im Ausland wohnhaften Hauptschuldners durch die ausländische Gesetzgebung aufgehoben oder eingeschränkt, wie beispielsweise durch Vorschriften über Verrechnungsverkehr oder durch Ueberweisungsverbote, so kann der in der Schweiz wohnhafte Bürge sich ebenfalls darauf berufen, soweit er auf diese Einrede nicht verzichtet hat." - Zu OR 501 IV (insbesondere auch zu dessen Vorgeschichte) vgl. Vischer, Internationales Vertragsrecht 210 f Anm. 3.

665 Bär 189.

666 Vgl. hiezu Bär 153 ff; Schulte 37 ff; Heini, Ausländische Staatsinteressen (siehe Anm. 658) III. D. 1.

667 Siehe u.a. bei Mann, Sonderanknüpfung und zwingendes Recht 608 f u. 619; Schulze 63 f.

668 BGHZ 59, 82 (ff).

baren Interesses sei der Versicherungsvertrag unwirksam. Ein versicherbares Interesse wurde deshalb verneint, weil der versicherte Transport gegen ein nigerianisches Ausfuhrverbot von Kunstgegenständen verstieß. Die Verletzung dieses Ausfuhrverbotes sei zugleich ein Verstoss gegen die guten Sitten. "Die Umgehung eines solchen Schutzgesetzes muss, da sie dem nach heutiger Auffassung allgemein zu achtenden Interesse aller Völker an der Erhaltung von Kulturwerten an Ort und Stelle zuwiderhandelt, als verwerflich betrachtet werden.⁶⁶⁹" In casu fielen lex fori und lex causae zusammen. Problematischer kann der materiellrechtliche Behelf über die "guten Sitten" dort werden, wo die lex fori nicht auch lex causae ist⁶⁷⁰. Hier besteht die Gefahr, dass die Sittenmassstäbe der lex fori auf die lex causae übertragen oder auch ohne solche Uebertragung angesetzt werden. Bei diesem Vorgehen sollte der Ehrlichkeit halber wenigstens der inländische Ordre public ausdrücklich erwähnt sein. Methodisch gesehen kann die Konkretisierung des Gebotes der guten Sitten (OR 20, BGB 138) als Sonderanknüpfung an die betreffenden Schmuggel- und Zollgesetze des Drittstaates angesehen werden; letztere fallen "mittelbar"⁶⁷¹ in Betracht. Im übrigen bietet dieser Behelf nur für mehr oder weniger beabsichtigte Umgehungsgeschäfte eine Handhabe. Das ihm innewohnende Kriterium der sittlichen Verwerflichkeit muss zudem nicht selten strapaziert werden, wo man auf anderem Weg zu einem gleichen Ergebnis gelangen könnte.

b. Sonderanknüpfung ausländischer Eingriffsnormen

aa. Allgemeines

Die Lehre von der Sonderanknüpfung an Eingriffsgesetze eines Drittstaates geht vom Geltungswillen dieser Gesetze aus. Sie trägt ihnen nicht nur

669 BGH a.a.O. (Anm. 668) S. 85. In gleichem Sinne auch BGH in BGHZ 34, 169 und Versicherungsrecht 1962, 659.

670 Siehe Bär 157 ff.

671 BGH a.a.O. (Anm. 668) S. 85.

im Rahmen der *lex causae* auf irgendeine Art Rechnung, sondern beruft sie für bestimmte Rechtsfragen neben der *lex causae* zur Anwendung. Die Sonderanknüpfung geschieht innerhalb des kollisionsrechtlichen Befehls der *lex fori*.

Hiezu ein paar Beispiele; zum Teil sind vorne abgehandelte Fälle nochmals aufzugreifen. Verbietet ein Staat die Ausfuhr bestimmter Kulturgüter aus seinem Land, wird die Frage der Widerrechtlichkeit eines solche Gegenstände betreffenden Vertrages gesondert von der *lex causae* angeknüpft: an das Verbotsgesetz des Drittstaates. Fallen das Recht des Arbeitsortes und das Arbeitsstatut auseinander, sind Fragen des Arbeitsschutzes grundsätzlich an die Arbeitsschutzgesetzgebung des Arbeitsortes anzuknüpfen, sofern sie angewendet sein will⁶⁷². Ein Vertrag über die Miete an einer Liegenschaft kann durch Rechtswahl einem andern Recht als der *lex rei sitae* unterstellt werden. Der Richter am Ort des gewählten Rechts wird die Mieterschutzgesetzgebung der *lex fori* wegen mangelnden Anwendungsinteresses nicht beiziehen. Vielmehr sind die Schutzbestimmungen der *lex rei sitae* - neben der im übrigen vereinbarten *lex causae* des Forums - anzuwenden⁶⁷³. Wird ein Lizenzvertrag, was nicht unbestritten und keineswegs in jedem Fall ratsam ist, an das Recht am Sitz des Lizenzgebers angeknüpft, muss daneben für bestimmte Fragen das Recht des Lizenznehmers angewendet werden. Dieses enthält oft zwingende Bestimmungen, denen sich der Lizenznehmer nicht entziehen darf⁶⁷⁴. - Weitere Beispiele liessen sich hinzufügen.

Die im Anschluss an WENGLER, ZWEIGERT, NEUMAYER u.a. mehr

672 Von der Methode her wohl zustimmend (wenn auch im Ergebnis unter restriktiven Voraussetzungen) Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht 193, 198, 205 u. passim; zum Problem auch Kropholler, Schutz der schwächeren Vertragspartei 649 f.

673 Dieses Beispiel stammt aus dem Schlussbericht 30.

674 Schlussbericht 221 f; zur Anknüpfungproblematik beim Lizenzvertrag ebenso Mario M. Pedrazzini in Schweiz. Privatrecht VII/1 S. 611 f.

und mehr vertretene Lehre⁶⁷⁵ von der Sonderanknüpfung ausländischer Eingriffsnormen will einen methodisch gangbaren Weg öffnen zur unmittelbaren Anwendung von Eingriffsgesetzen eines Drittstaates. Der vom Geltungsanspruch des fremden Gesetzes her fragende Ansatz⁶⁷⁶ strebt eine Förderung des internationalen Entscheidungseinklanges durch Beachtung des Comitasgedankens an. Im einzelnen will er die Anerkennung ausländischer Urteile erleichtern⁶⁷⁷ und unliebsame Zwangssituationen für den Schuldner vermeiden. Ueber allem steht wohl das Anliegen einer möglichst folgerichtigen Einbettung der Lösung in die kollisionsrechtliche Methode. Dabei wird angesetzt an das längst bekannte Vorgehen bei der Sonderanknüpfung von Teilfragen, wie es beispielsweise im Stadium des Vertragsabschlusses oder bei der Anknüpfung von Handlungs-, Testier- und Deliktsfähigkeit üblich ist⁶⁷⁸. Wie bei herkömmlichen Sonderanknüpfungen müssen Ungereimtheiten im Verhältnis zwischen lex causae und Eingriffsnormen in Kauf genommen werden. Solche ergeben sich auch, wenn man eine Lösung innerhalb der lex causae selbst sucht. Die Schwierigkeit der Methode besteht darin, dass sie Vorkehrungen treffen muss, "um exzessive Geltungsansprüche ausländischer Rechte abzuwehren"⁶⁷⁹. Entgegen der Ansicht v. HOFFMANN's⁶⁸⁰ ist der Massstab hiezu von der lex fori zu liefern, und zwar umschrieben in den Voraussetzungen der die Zuständigkeit fremder Eingriffsgesetze anordnenden Kollisionsnorm. Materiell geht es dabei zugegebenermassen um eine "ausge-

675 Zu älteren Autoren siehe Schulte 104 ff; Schwander, Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung 199 ff; Mann, Conflict of Laws and Public Law 157 ff; Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht 195 ff; Befürworter aus neuerer Zeit etwa Schulte 80 ff, 114 ff, 123; Toubiana 252 ff, 334 f; Bär 222 f, 418 f u. passim; Schwander, Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung 366 ff; wohl auch v. Hoffmann 410 ff, 418 und Bucher, Grundfragen 225 f. - Zu den Gegnern dieser Lehre siehe hienach.

676 Neuhaus, Grundbegriffe 32 ff, 121 f; v. Hoffmann 413, 418.

677 U.a. v. Hoffmann 413.

678 Bär 183 ff, 187 ff; Neuhaus, Grundbegriffe 137; Schwander, Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung 317 ff; Drobniq, Allgemeine Geschäftsbedingungen 599; Schlussbericht 214.

679 v. Hoffmann 413.

680 v. Hoffmann 413.

wogene Ordnung der internationalen Beziehungen⁶⁸¹„. Die Gegner der Sonderanknüpfung bezweifeln, ob diese Methode eine solche Ordnung zu bewerkstelligen vermag. Sie erachten es als ausgeschlossen, dass generalisierende Kriterien gefunden werden können, die mehr zu leisten imstande sind als nur entweder jeden Geltungsanspruch zuzulassen (was unlösbare Konflikte schaffen würde) oder den Einzelfall dem Ermessen des Richters anheimzustellen. Zudem wird das Bild vom ausländischen Staatsinterventionismus an die Wand gemalt⁶⁸². Die Gegner haben insoweit recht, als das Formulieren generalisierender Kriterien, die aussagekräftig sein sollen, sehr schwierig ist. Das darf aber nicht dazu führen, die Sonderanknüpfung überhaupt in Frage zu stellen. Ihr kommt nämlich das Verdienst zu, den methodischen Weg unzweideutig offenzulegen. Eine solche Offenlegung wäre überflüssig, würde sie sich nicht von der Sache her aufdrängen. Das ist aber der Fall, konnte doch vorne bei den Vorschlägen zu Lösungen innerhalb der *lex causae* aufgezeigt werden, dass auch jene Ansätze um eine "Berücksichtigung" fremder Eingriffsgesetze nicht herumkommen; diese läuft im Ergebnis oft auf eine Sonderanknüpfung hinaus.

Den methodologisch sich aufdrängenden Weg der Sonderanknüpfung hat die Praxis bisher kaum getan⁶⁸³. Kodifikationsentwürfe aus neuerer

681 v.Hoffmann 413; zu den einzelnen Kriterien bei der Durchführung einer Sonderanknüpfung siehe hinten cc.

682 Zu den Gegnern einer Sonderanknüpfung gehören Vischer, Internationales Vertragsrecht 198 ff (Auseinandersetzung mit VISCHER's Einwänden bei Schulte 80 ff); Mann, Eingriffsgesetze 198; ders., Sonderanknüpfung und zwingendes Recht 612 ff, 616: "Im Ergebnis bleibt es also dabei, dass, was immer das Schrifttum lehren mag, weder die Gesetzgebungspraxis noch die Rechtsprechung die Notwendigkeit oder auch nur die Berechtigung für die Schaffung einer Sonderanknüpfung zwingenden Rechts dartut."; Heini, Ausländische Staatsinteressen (vgl. Anm. 658) III. C. 2. 2.: mit dem Hauptargument, "wahrer Gegenstand" des IPR sei und bleibe ein Kollisionsrecht, das Rechtsverhältnisse von Privatrechtssubjekten dem zuständigen Recht zuzuweisen habe - unabhängig von ausländischen Staatsinteressen; Stoll 772 ff.

683 Das "berühmt gewordene obiter dictum" (v.Hoffmann 407) des holländischen "Alnati"-Falles (vgl. Revue critique de droit international privé 1967, 522 - 530: mit Anmerkung von A.V.M. Struycken) hat keine diese Ueberlegungen einbeziehende Rechtsprechungswelle ausgelöst. Der niederländische Kassationshof bestätigte kürzlich einen Entscheid, welcher ein fremdes Eingriffsgesetz in casu ebenfalls nicht zur Anwendung

Zeit⁶⁸⁴ sind geeignet, die Gerichte zu einer bewussteren Auseinandersetzung mit der an Bedeutung zunehmenden Problematik anzuhalten^{684a}.

Mühe bereitet es, die Natur der die Sonderanknüpfung anordnenden Kollisionsnorm dogmatisch zu erfassen. Feststehen dürfte, dass die fremden Eingriffsnormen nicht "von sich aus" - allein kraft ihres Geltungswillens - zur Anwendung gelangen. Nur solche Bestimmungen können und müssen angewendet werden, die durch eine die allgemeine Anknüpfung modifizierende Sonderanknüpfung des inländischen Kollisionsrechts berufen werden⁶⁸⁵. Formeller Wirkungsgrund ausländischer Eingriffsnormen im Inland ist auch hier der kollisionsrechtliche Imperativ der *lex fori*⁶⁸⁶. Materiell geht es um die Beachtung fremder Geltungswillen. Diese zwei Ebenen müssen, um die Methode der Sonderanknüpfung erfassen zu können, auseinandergehalten werden. Demgegenüber wird in der Lehre - beispielsweise von HEINI⁶⁸⁷ und v. HOFFMANN⁶⁸⁸ - immer wieder gesagt, es stünden zur Erfassung fremder Eingriffsgesetze zwei "kollisionsrechtliche Methoden" zur Verfügung: einerseits die in einer Generalklausel ausgesprochene Beachtung fremden zwingenden Rechts "im Rahmen des von ihm selbst beanspruchten Anwendungsbe-

gebracht hatte. Die grundsätzlichen Ausführungen im "Alnati"-Entscheid scheinen dadurch indessen nicht überholt worden zu sein (vgl. *Revue critique de droit international privé* 1980, 68 - 79: mit Anmerkung von R. van Rooij).

684 Dazu hienach lit. bb.

684a Zur wachsenden Bedeutung fremder, insbesondere drittstaatlicher Eingriffsnormen Reithmann 259 ff (mit vielen Beispielen).

685 Kegel, Die selbstgerechte Sachnorm 82 (f) schreibt dazu anschaulich: "... wohl niemand glaubt, die selbstgerechten Sachnormen beliebiger Staaten seien stark genug, sich wie Münchhausen am eigenen Zopf aus dem Sumpf zu ziehen, oder es gebe ein internationales Faustrecht, dass die selbstgerechten Sachnormen irgendwelcher Staaten allein schon deswegen anzuwenden seien, weil sie selbst gelten wollten. Vordrängeln gilt nicht."

686 Zu dieser Frage allgemein bei Anm. 22 ff vorne.

687 Heini, Ausländische Staatsinteressen (vgl. Anm. 658) III. C. 2. 1.: Unterscheidung von "(a)" und "(b)".

688 v.Hoffmann 410.

reichs⁶⁸⁹"; andererseits die Formulierung allseitiger Kollisionsnormen, insbesondere durch den Ausbau einseitiger Kollisionsnormen der *lex fori*. Die (generelle) Beachtung des fremden Geltungswillens als solche ist im herkömmlichen Kollisionsrechtssystem ein Abstraktum ohne Normativgehalt. Sie bedarf, soll sie Wirklichkeit werden, der Konkretisierung in einer allseitigen Kollisionsnorm des Forums. Diese kann sehr allgemein formuliert sein, muss aber ein Minimum an kollisionsrechtlicher Aussage enthalten, um als formeller Wirkungsgrund von Eingriffsnormen eines Drittstaates in Frage zu kommen. Richtig besehen gibt es letztlich nur eine Methode, nämlich die Formulierung einer allseitigen Kollisionsnorm. Wird dieser Weg abgelehnt, entfällt folgerichtig auch jede Sonderanknüpfung an fremde Eingriffsgesetze ausserhalb der *lex causae*. Zurecht ist immer wieder darauf hingewiesen worden, dass die Schaffung allseitiger Kollisionsnormen für Eingriffsgesetze auf Schwierigkeiten stösst. Die unterschiedlichen, "politisch" motivierten Interessen im Bereich des sog. öffentlichen Rechts sowie des "sozialisierten" Privatrechts begünstigen in der Tat ein System einseitiger Kollisionsnormen. Dieses kann dort überwunden und durch allseitige Kollisionsnormen ersetzt werden, wo Rechtsgebiete und die dahinter stehenden Interessen im internationalen Vergleich einander angeglichen werden. Das ist zunehmend der Fall beim Konsumentenschutz (Beispiel: Allgemeine Geschäftsbedingungen), im Arbeitsrecht und auf andern Rechtsgebieten des ursprünglich "reinen" Privatrechts⁶⁹⁰. Gleiches sollte dort möglich sein, wo es um "ursprünglich" öffentliches Recht geht. Es ist freilich nicht von der Hand zu weisen, dass in einer zweiseitigen Kollisionsnorm den mannigfaltigsten Eingriffsinteressen Rechnung zu tragen wäre. Diese können nicht nur den einseitigen Anwendungsregeln inländischer Eingriffsgesetze entnommen werden. Vielmehr sind desgleichen (relativ) unbekannte "Eingriffstatbestände"⁶⁹¹ ausländischer Rechtsordnungen zu berücksichtigen. Das erscheint nicht mehr ausgeschlossen, nachdem sich einzelstaatliche Eingriffsgesetzgebungen ihrem Grundgehalt nach vielfach angenähert haben (oder dies im Begriffe sind zu

689 v.Hoffmann 410.

690 Kropholler, Schutz der schwächeren Vertragspartei 657 f.

691 Heini, Ausländische Staatsinteressen (vgl. Anm. 658) III. C. 2. 1. (b).

tun). Die Annäherung - beispielsweise im Kartellrecht oder im Währungsrecht - dürfte jedenfalls ausreichen, um aus ihr die kollisionsrechtliche Folgerung für die Anknüpfung fremder Eingriffsnormen zu ziehen⁶⁹². Sprengt das Eingriffsgesetz eines Drittstaates den Rahmen der in der Kollisionsnorm zur Sonderanknüpfung umschriebenen Kriterien, kann auf eine Nichtanwendung im Einzelfall immer noch verzichtet werden. Der Vorgang der Nichtanwendung ist diesfalls der gleiche wie bei einer Anrufung des einheimischen Ordre public gegenüber der lex causae. Im übrigen darf nicht übersehen werden, dass die zunehmend sozialpolitische Funktion des Privatrechts der Bilateralisierung von Kollisionsnormen für die Anknüpfung privatrechtlicher Rechtsfragen ähnliche Probleme auferlegt. Die "methodisch übereinstimmende Fragestellung" zeichnet sich immer mehr ab⁶⁹³. Wie an der axiomatischen Unterscheidung von öffentlichem und Privatrecht nicht mehr festgehalten werden kann, ist auch der streng einseitige Charakter der Kollisionsnormen für die (öffentlichrechtlichen) Eingriffsgesetze zu relativieren. Die Ablehnung allseitiger Kollisionsnormen - die zwangsläufig zu einer Ablehnung der Sonderanknüpfung führt - scheint in nicht geringem Masse noch von dieser Unterscheidung in öffentliches und Privatrecht beeinflusst zu sein⁶⁹⁴. - Die dargelegten Zusammenhänge haben, verbunden mit der von der Sache her bestehenden Notwendigkeit einer Berücksichtigung von Eingriffsnormen ausserhalb der lex causae, zu einer vermehrten Postulierung allseitiger Kollisionsnormen geführt. Der Formulierung einer allseitigen Kollisionsnorm für die Sonderanknüpfung stehen andererseits nicht wenige kritisch gegenüber. Es sind dies fast ausschliesslich die Stimmen jener, die überhaupt gegen eine Sonderanknüpfung auftreten. Das erstaunt nicht⁶⁹⁵.

692 Zu solcher Annäherung auch Neuhaus, Neue Wege 404; v.Hoffmann 419.

693 Bucher, Grundfragen 203.

694 Dazu Schulte 26, 29 ff, 125.

695 Befürworter der Sonderanknüpfung in Form einer allseitigen Kollisionsnorm sind etwa: Schulte 114 ff; 125 f u. passim; SCHULTE unterbreitet auch einen eigenen Vorschlag (S. 123):

"Eingriffsnormen, deren Beachtung der normgebende Staat mit hoheitlichen Mitteln sichert, sind international zwingend, wenn ihr Tatbestand ganz oder teilweise im Gebiet des eingreifenden Staates verwirklicht wird.

bb. Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz

Der schweizerische IPR-Entwurf hat die Anliegen der Sonderanknüpfung ausländischer Eingriffsnormen in Art. 18 berücksichtigt:

"Unter Vorbehalt von Artikel 17 können die Bestimmungen eines anderen als des nach diesem Gesetz anwendbaren ausländischen Rechts angewendet oder berücksichtigt werden, wenn sie im konkreten Fall und im Hinblick auf ihre besondere Zielsetzung ausschliessliche Geltung beanspruchen und wenn nach Ermessen des Richters:

- a. der Sachverhalt mit diesem Recht in einem genügend engen Zusammenhang steht;
- b. das Interesse daran, dass dieses Recht angewendet oder berücksichtigt wird, offensichtlich überwiegt; und
- c. das Interesse daran, dass dieses Recht angewendet oder berücksichtigt wird, im Hinblick auf die Umstände des Falles und auf den von diesem Recht verfolgten Zweck als schützenswert anzuerkennen ist."

Der Entwurf regelt die Frage der Sonderanknüpfung also in Zusammenhang mit dem inländischen Ordre public. Das hat durchaus seine Berechtigung, wenn man sich die ähnliche Funktionsweise als kollisionsrechtliche Einbruchsstelle von "lois d'application immédiate" vergegenwärtigt. Wie der Ordre public ist die hier geregelte Sonderanknüpfung eine kollisionsrechtliche

Indiz für die internationale Unnachgiebigkeit ist es, wenn die Eingriffsnorm bewehrt ist. Andere Eingriffsnormen sind dem Vertragsstatut zu entnehmen."

Eine positive Würdigung der Arbeit von SCHULTE bringt NEUHAUS in RabelsZ 41 (1977) 428 ("Damit hat der Verfasser eine rund fünfzig-jährige Diskussion zu einem vorläufigen Abschluss gebracht."). Befürwortend auch Toubiana 253 ff, 258 ff; Bär 222 und mit konkreten Vorschlägen für das Kartellrecht 226 u. 269; v.Hecke, Principes et méthodes 496; Bucher, Grundfragen 193 ff, 199, 203, 228 ff; der Methode nach auch Kegel, Die selbstgerechte Sachnorm 75 u. 86. Zum Problem der Bilateralisierbarkeit von Kollisionsnormen in diesem Bereich ferner Lalive, Droit public étranger / Session de Wiesbaden 240 ff insbes. 244 f. Gegner einer solchen Methode: Heini, Ausländische Staatsinteressen (vgl. Anm. 658) III. C. 2. 1. (b); Vischer, Internationales Vertragsrecht 198; weitere Hinweise in Anm. 682. Vom Grundsatz her befürworten, trotz Offenheit gegenüber neuen Entwicklungen in dieser Sache, nach wie vor einseitige Kollisionsnormen für Eingriffsgesetze Neuhaus, Grundbegriffe 37 u. 102; Kropholler, Schutz der schwächeren Vertragspartei 659; v.Hoffmann 414 ff, 418 f.

Ausnahmeklausel. Die an sich zuständige *lex causae* wird für bestimmte Fragen durch ein anderes, das Recht eines Drittstaates verdrängt. Es ist richtig, dass die Sonderanknüpfung nicht bei Art. 13 III geregelt wurde, geht es in jenem Fall doch allein um die öffentlichrechtlichen Eingriffsnormen der fremden *lex causae* selbst.

Im Marginale spricht Art. 18 vom *Ordre public* "eines ausländischen Staates". Das ist insofern ungenau, als es nur um solche Eingriffsgesetze geht, die nicht schon der *lex causae* angehören. Der *Ordre public* der ausländischen *lex causae* wird durch Art. 18 nicht angesprochen⁶⁹⁶. Als Marginale könnte man den Begriff "Sonderanknüpfung" wählen. Nicht auszuschliessen wäre auch *Ordre public* "eines Drittstaates"; damit würde allerdings eine nicht befriedigende Umschreibung für jenen Fall geschaffen, in welchem *lex fori* und *lex causae* zusammenfielen und der "Drittstaat" zum "Zweitstaat" würde.

Der eben genannte Fall kann indessen nach dem jetzigen Wortlaut von Art. 18 gar nicht eintreten. Der Entwurf lässt nämlich eine Sonderanknüpfung nur an Bestimmungen "eines anderen als des nach diesem Gesetz anwendbaren ausländischen Rechts" zu⁶⁹⁷. Damit wird als *lex causae* stets eine ausländische Rechtsordnung vorausgesetzt! Ist die *lex fori* das zuständige Sachrecht, erscheint eine Sonderanknüpfung ausgeschlossen. Das sollte jedoch nicht der Sinn einer solchen Regelung sein, zumal die gleichen Ueberlegungen auch hier spielen. Gegebenenfalls tritt das einheimische Anwendungsinteresse über den *Ordre public* des Forums einem fremden Eingriffsgesetz entgegen. Das muss aber nicht immer so sein. Dann sollte der Richter freie Hand haben, eine Sonderanknüpfung vornehmen und beispielsweise ein ausländisches Ausfuhrverbot (bei inländischer *lex causae*) beachten zu dürfen⁶⁹⁸.

Der Entwurf stellt für die Anwendung der Kollisionsnorm von Art. 18 sehr stark auf den konkreten Einzelfall ab. Das zeigt sich an der Möglichkeit

696 Vgl. Institut universitaire de Genève in Vernehmlassungen 86.

697 Hervorhebung durch den Verfasser dieser Arbeit.

698 So auch Mann, Sonderanknüpfung und zwingendes Recht 622. Auf diesem Boden steht übrigens schon Art. 501 IV des OR (dazu bei Anm. 664 f hievor).

zur lediglichen "Berücksichtigung" (statt "Anwendung") des fremden Eingriffsrechts, am unbedingten Geltungswillen des betreffenden Gesetzes, am "Ermessen des Richters" sowie an den relativ unbestimmten Kriterien der lit. a. bis c. Die zusammen mit Art. 17 (insbesondere Abs. 2) konzipierte allseitige Kollisionsnorm von Art. 18 kann indessen nicht viel anders formuliert werden, zumal sie für verschiedenste Fälle offen sein muss. Aufgabe des Richters ist es, die Kriterien (wie beim *Ordre public*) in der Durchführung der Sonderanknüpfung zu konkretisieren (dazu hinten⁶⁹⁹). - Es erstaunt nicht, dass die Kritiker einer ausdrücklichen Zulassung der Sonderanknüpfung vor allem an der Verweisung auf den Einzelfall Anstoss nehmen; der didaktische und methodologische Wert einer solchen Norm wird dabei ausser acht gelassen⁷⁰⁰.

Der schweizerische IPR-Entwurf fügt sich mit Art. 18 in eine Reihe ähnlicher Bestimmungen aus IPR-Kodifikationen der neueren Zeit ein. Vorne wurde schon verschiedentlich auf das Kollisionsrecht des neuen deutschen AGB-Gesetzes hingewiesen. Dessen § 12 enthält folgende, allerdings erst einseitige Sonderanknüpfung^{700a}:

"Unterliegt ein Vertrag ausländischem Recht oder dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik, so sind die Vorschriften dieses Gesetzes gleichwohl zu berücksichtigen, wenn

1. der Vertrag auf Grund eines öffentlichen Angebots, einer öffentlichen Werbung oder einer ähnlichen im Geltungsbereich dieses Gesetzes entfalteten geschäftlichen Tätigkeit des Verwenders zustande kommt und

699 Unter cc.

700 Mit ausdrücklicher Kritik an Art. 18 des Entwurfs Mann, Sonderanknüpfung und zwingendes Recht 622 ff, etwa 624: "Dazu kommt schliesslich und vor allem die Prinzipwidrigkeit des Vorschlags, der das schweizerische internationale Privatrecht von einem starken zu einem höchst gefährvollen Recht zu machen geeignet ist..."; Heini, Ausländische Staatsinteressen (vgl. Anm. 658) II. Unterschiedlich aufgenommen wurde der Entwurf in den Vernehmlassungen (vgl. daselbst 82 ff); Art. 18 wird zwar von der Mehrheit der Stellungnahmen abgelehnt, jedoch nicht in dem Mass und aus den Gründen, die man hätte vermuten können. - Zu Entwurf 18 siehe auch Schlussbericht 30 f, 66, 214, 216, 257 f u. 271 f.

700a Diese ist deshalb eine spezielle Vorbehaltsklausel des *Ordre public*; vgl. Kropholler, Schutz der schwächeren Vertragspartei 651.

2. der andere Vertragsteil bei Abgabe seiner auf den Vertragsschluss gerichteten Erklärung seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat und seine Willenserklärung im Geltungsbereich dieses Gesetzes abgibt." (701)

Sehr grosse Verwandtschaft besteht zwischen Art. 18 des schweizerischen Entwurfs und Art. 7 des am 19. Juni 1980 in Rom unterzeichneten EG-Uebereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht. Art. 7 des EG-Uebereinkommens - überschrieben mit "Lois de police" - dürfte nicht unwesentlich die Vorarbeiten zum schweizerischen IPR-Entwurf beeinflusst haben. Art. 7 des EG-Uebereinkommens hat folgenden Wortlaut:

"1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat." (702)

- 701 Diese Bestimmung war Vorbild für die zweiseitige Kollisionsnorm von Art. 5 des EG-Uebereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (unterzeichnet in Rom am 19. Juni 1980): vgl. Kropholler, Schutz der schwächeren Vertragspartei 658; zu § 12 des deutschen AGB-Gesetzes ferner Stoll 772 ff, 779 f; Sonnenberger 384 ff; Drobnig, Allgemeine Geschäftsbedingungen 600 ff, 610.

- 702 Eine noch nicht offizielle Uebersetzung lautet:

"1. Bei Anwendung dieses Uebereinkommens kann den zwingenden Bestimmungen des Rechts jedes anderen Staats, mit dem der Sachverhalt eine tatsächliche Verbindung aufweist, Wirkung verliehen werden, wenn und soweit diese Bestimmungen nach dem Recht dieses Staats ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag untersteht. Bei der Entscheidung, ob diesen zwingenden Bestimmungen Wirkung zu verleihen ist, sind ihre Natur und ihr Gegenstand sowie die Folgen zu berücksichtigen, die sich aus ihrer Anwendung oder ihrer Nichtanwendung ergeben würden.

Diese Bestimmung ist - wegen ihres generalklauselartigen Inhalts - ebenso wie Art. 18 des schweizerischen Entwurfs auf Kritik gestossen; erstaunlich ist immerhin, dass man trotz solcher Kritik für die Unterzeichnung an Art. 7 festgehalten hat⁷⁰³. Der Gehalt von Art. 7 des EG-Uebereinkommens ist auch von der Haager Konvention über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht übernommen worden. Art. 16 des am 14. März 1978 unterzeichneten Uebereinkommens lautet⁷⁰⁴:

"Lors de l'application de la présente Convention, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout Etat avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet Etat, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désignée par ses règles de conflit."

Die genannten Uebereinkommen aus jüngster Zeit haben dem Bedürfnis nach einer Sonderanknüpfung bestimmter ausländischer Eingriffsnormen Rechnung getragen. Art. 18 des schweizerischen Entwurfs stellt demzufolge auch aus dieser rechtsvergleichenden Sicht keinen Fremdkörper dar⁷⁰⁵.

2. Der vorstehende Absatz berührt nicht die Anwendung der nach dem Recht des Staats des angerufenen Gerichts geltenden Bestimmungen, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln."

703 Den Kritikern lag teilweise noch ein anderer Wortlaut vor, dem Gehalt nach war die Bestimmung von Anfang an so konzipiert. Ablehnend gegenüber Art. 7 etwa: Mann, Sonderanknüpfung und zwingendes Recht 617 f; Heini a.a.O. (vgl. in Anm. 700); Kegel, Die selbstgerechte Sachnorm 84; Stoll 773.

704 Vgl. den Text der "Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation" sowie einen Begleitbericht in der Broschüre der Haager Konferenz vom Februar 1979. Siehe auch Allan Philip, Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law, in: FS Kurt Lipstein (erscheint demnächst) passim.

705 Der Gedanke einer Sonderanknüpfung war dem schweizerischen Recht schon de lege lata nicht fremd. Vgl. neben dem bereits genannten Art. 501 IV des OR Art. 4 I des BG über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge (Seeschiffahrtsgesetz), SR 747.30, sowie Art. 11 III des BG über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG), SR 748.0. Hiezu auch Bucher, Grundfragen 234.

cc. Voraussetzungen und Durchführung der Sonderanknüpfung

Die Eingriffsnormen eines von der *lex causae* unabhängigen Drittstaates dürfen nur angewendet (oder berücksichtigt) werden, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Diese im einzelnen zu umschreiben, mag je nach Kodifikation verschieden ausfallen. Das zeigen auch die unterschiedlichen Wortlaute der hievor angeführten Kollisionsnormen aus neuerer Zeit. Im Ergebnis stimmen sie freilich überein. An eine Sonderanknüpfung sind danach folgende Voraussetzungen, auch Kriterien oder "guidelines" zu richten:

- 1.) Enger Zusammenhang des Sachverhalts mit dem Recht des Drittstaates
- 2.) Geltungsanspruch der betreffenden Eingriffsnormen im konkreten Fall
- 3.) Interesse an der Bevorzugung des Drittstaatsrechts gegenüber der *lex causae*
- 4.) Kein Verstoß der drittstaatlichen Eingriffsnormen gegen den inländischen *Ordre public* (mit Ausnahmen)

Die erste Voraussetzung für die Zulässigkeit der Sonderanknüpfung ist ein genügend enger Zusammenhang des Sachverhalts mit dem Recht des Drittstaates. Es liegt auf der Hand, dass nicht Geltungsansprüche irgendeines Staates zur Diskussion stehen. Die enge Beziehung zu einer Rechtsordnung kann beispielsweise durch das Erfordernis der Vollstreckung im betreffenden Staat hergestellt sein. Die Anknüpfung mit der "engen Beziehung" ist grundlegend für das kollisionsrechtliche System überhaupt, und im schweizerischen IPR-Entwurf wird sie vermehrt der Konkretisierung im Einzelfall überlassen (Art. 14, 18, 120 u.a.). Hervorgehoben sei, dass diese enge Beziehung nicht identisch ist mit dem "engsten Zusammenhang"; denn diesfalls würde das Recht des Drittstaates häufig zugleich *lex causae* sein⁷⁰⁶.

Zweite Voraussetzung für eine Sonderanknüpfung ist ein unbedingter Geltungswille der betreffenden Eingriffsgesetze. Es hat keinen Wert, die Anwendung der *lex causae* zu komplizieren, wenn andere Rechte sich der kollisionsrechtlichen Anknüpfung der *lex fori* beugen. Nur wenn sich durch Auslegung sowie unter Beizug der fremden Doktrin und Rechtsprechung ergibt, dass die Eingriffsgesetze Geltung beanspruchen, sind sie auch anzuwenden⁷⁰⁷. Eine "ausschliessliche Geltung" zu verlangen, wie der schweizerische Entwurf das in Art. 18 tut, ist nicht notwendig. Es kann sehr wohl sein, dass das fremde Recht sich mit einer "Berücksichtigung" dem Grundgehalt nach - neben der eigentlichen Anwendung der *lex causae* - begnügt⁷⁰⁸. (Der Entwurf strebt offensichtlich eine Uebereinstimmung mit der "ausschliesslichen Geltung" inländischer "*lois d'application immédiate*" in Art. 17 II an.) Immerhin muss ein Geltungswille dergestalt erkennbar sein, dass ein Zurücktreten hinter die *lex causae* ausgeschlossen erscheint. Drittens bedarf es für die Sonderanknüpfung eines Interesses an der Bevorzugung des Drittstaatsrechtes. Die allfälligen Anwendungsinteressen der *lex causae* dürfen nämlich nicht ausser acht gelassen werden. Entsteht ein Interessenkonflikt, was nicht sein muss, so ist dieser vom Forumrichter unter Würdigung der konkreten Umstände - insbesondere der Möglichkeit einer zwangsweisen Durchsetzung von Eingriffsnormen - zu entscheiden. Einen Interessenkonflikt vermeiden will zum vornherein Art. 154 des schweizerischen Entwurfs, was das Personalstatut von Gesellschaften betrifft. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 18 wird eine Sonderanknüpfung an "unternehmensrechtliche Vorschriften eines Drittstaates" abgelehnt⁷⁰⁹. Schliesslich ist zu erwähnen, dass die fremden Eingriffsnormen grundsätzlich nicht gegen den inländischen Ordre

707 Diese Feststellung ist nicht immer leicht, vgl. Lalive, *Tendances et méthodes* 313 ff.

708 Diesem Umstand trägt die Formulierung von Art. 16 der Haager "Agency"-Konvention Rechnung (vgl. bei Anm. 704): "... si et dans la mesure où, selon le droit de cet Etat, ces dispositions sont applicables...".

709 Art. 154 lautet: "Die Fähigkeit einer Gesellschaft, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, Verträge zu schliessen und andere Rechtshandlungen vorzunehmen sowie vor Gericht zu stehen, richtet sich ausschliesslich nach dem gemäss Artikel 152 anwendbaren Recht, selbst wenn aufgrund von Artikel 18 gesellschafts- oder unternehmensrechtliche Vorschriften eines ausländischen Staates anzuwenden oder zu berücksichtigen sind." Zur Begründung siehe Schlussbericht 271 f.

public verstossen dürfen. Damit steht ein letzter Riegel gegen allenfalls übermässige Eingriffe von Drittstaaten zur Verfügung. Indessen gibt es Fälle, in denen Ordre public-widrige Eingriffsgesetze gleichwohl zu berücksichtigen sind, weil ihre Nichtbeachtung gerade in krassen Fällen zu unbilligen Ergebnissen führen könnte^{709a}. Das bringt in der Tat eine Relativierung der Vorbehaltsklausel mit sich. Doch könnte man sagen, die "lois d'application immédiate" der lex fori würden angesichts des erheblichen Interesses an der Anwendung des Drittstaatrechtes zurücktreten und so den Verstoss gegen den Ordre public neutralisieren. Diesen Vorgang mag man deshalb Neutralisierungseffekt der Sonderanknüpfung bzw. der drittstaatlichen Eingriffsnorm nennen.

Die Voraussetzungen oder "guidelines" für eine Sonderanknüpfung stellen hohe Anforderungen an den Richter⁷¹⁰. Sie enthalten zusammen indessen eine genügende normative Dichte, um dem Richter den Weg im Einzelfall zu weisen. Ueber die konkrete Formulierung der Kollisionsnorm mag man sich streiten. In dieser Hinsicht haften auch Art. 18 des schweizerischen IPR-Entwurfs Mängel an. Die Norm wäre, unter Beschränkung auf die vier genannten Kriterien (allenfalls mit Weglassung des inländischen Ordre public) und unter Berücksichtigung der vorne gemachten Einwände (lit. bb.), neu zu formulieren. Dabei ist der Praxis der erforderliche Spielraum zu belassen.

Sind drittstaatliche Eingriffsnormen beizuziehen, können sie nach Art. 18 des schweizerischen Entwurfs "angewendet oder berücksichtigt werden". Diese Formulierung erlaubt es, dem Einzelfall und seinen Eigenheiten in einem weiteren Punkt Rechnung zu tragen. "Berücksichtigen heisst weniger als unmittelbar anwenden."^{710a} Eine strikte Anwendung - als uneingeschränkte Beachtung der von der ausländischen Eingriffsnorm angeordneten

709a Siehe bei Anm. 660 vorne.

710 Dazu Philip (vgl. Anm. 704) am Ende: "The rules give the judges a wide discretion. This is an important feature in them. It is a new departure in the law to apply foreign public law and foreign mandatory rules of a law other than *lex causae*. In due course more firm principles may be developed by the courts in this respect. In the meantime they should be free to develop the law from case to case."

710a Reithmann 35.

Rechtsfolgen - erscheint nicht in jedem Fall wünschenswert. Häufig allerdings geht es um eine ganz bestimmte Rechtsfolge, die nicht anders als durch "Anwendung" des betreffenden Rechtssatzes "berücksichtigt" werden kann. Immerhin mag in Einzelfällen eine Berücksichtigung der ausländischen Norm nur ihrem Sinne nach genügen. Eine solche Lösung dürfte bisweilen auch Koordinierungsprobleme mit der im übrigen anwendbaren *lex causae* verhindern. In einem Gesetz muss nicht ausdrücklich auf die Möglichkeit einer lediglichen "Berücksichtigung" aufmerksam gemacht werden. Diese stünde, wie eine Anpassung bei Äquivalenzproblemen, auch sonst offen. Andererseits schadet eine Formulierung wie "anwenden oder berücksichtigen" nicht. - Im übrigen befindet sich der "kritische Punkt" der Sonderanknüpfung auf der Ebene der Berufung und nicht bei der Anwendung solcher Eingriffsnormen.

Ergibt die Analyse von Eingriffsnormen eines Drittstaates deren Berechtigung für die Anwendung in casu, mag sich bisweilen die Frage nach einer neuen Anknüpfung überhaupt stellen. Die Teilfrage kann ein solches Gewicht bekommen, dass sich unter Umständen ein Ausweichen - Art. 14 des schweizerischen Entwurfs - für die Anknüpfung sämtlicher Rechtsfragen auf das Recht des Drittstaates aufdrängt. Dieses würde damit neue *lex causae*. Ein solcher Vorgang ist nicht unbekannt bei der Anknüpfung von Verbraucherverträgen. Wird ein Vertrag dieses Typs durch Rechtswahl einem fremden Recht unterstellt, können beispielsweise drittstaatliche AGB-Gesetze (insbesondere am Wohnsitz des Verbrauchers) eine Sonderanknüpfung verlangen. Diesfalls mag es ratsam erscheinen, den Vertrag gesamthaft dem betreffenden Recht zuzuweisen und die Rechtswahl rückgängig zu machen⁷¹¹. Eine solche Lösung erscheint auch dort nicht ausgeschlossen, wo öffentlichrechtliche Verbote im Zentrum einer Auseinandersetzung stehen. Die Ausweichanknüpfung ist um so eher zu erwägen, als die Hauptanknüpfung nicht einem eindeutigen Sitz des Rechtsverhältnisses folgt. Dieser Weg dürfte allerdings die Ausnahme bleiben; in den meisten Fällen wird man trotz Berücksichtigung eines dritten Rechtes an der Hauptanknüpfung festhalten.

711 Hiezu Stoll 774 und Kropholler, Schutz der schwächeren Vertragspartei 651: beide mit Verweisung auf § 41 des neuen österreichischen IPR-Gesetzes. Eine Rückgängigmachung der Rechtswahl enthält der schweizerische IPR-Entwurf auch in Art. 117 II: "Die Wahl ist nicht zulässig, wenn sich die Anwendung eines bestimmten Rechts wegen des besonderen Schutzbedürfnisses einer Partei aufdrängt."

4. ABSCHNITT

UEBERPRUEFUNG DER FREMDRECHTSANWENDUNG DURCH DIE OBERSTEN GERICHTE (REVISIBILITAET)

§ 1 Lösungsmöglichkeiten

I. Gegenstand der Ueberprüfung

Berufungs- oder allenfalls nur kassationsfähig⁷¹² ist der Entscheid einer Vorinstanz in einem Sachverhalt mit Auslandsberührung. Zumeist handelt es sich um einen Endentscheid, doch können - je nach Rechtsordnung - bisweilen auch Zwischenentscheide an die obersten Gerichte weitergezogen werden (dazu hinten). Zwei Hauptgruppen bilden den Gegenstand der Ueberprüfung: zum einen Entscheide, welche die Anwendung von Kollisionsrecht (insbesondere der lex fori) zum Gegenstand haben; zum zweiten Entscheide, in denen es um die Anwendung ausländischen Sachrechts (Ermittlung, Subsumtion) geht.

II. Umfang der Ueberprüfung

1. Grundsätzliche Erwägungen

Die Ausgangsfrage für den Umfang der Revisibilität lautet: Sollen und müssen die obersten Staatsgerichte die Fremdrechtsanwendung in gleichem Mass überprüfen, wie sie die Anwendung inländischen Sachrechts durch untere Instanzen kontrollieren? Die Beantwortung dieser Frage hängt stark von der Funktion der höchsten Gerichte ab. Können letztere einen angefochtenen Entscheid nicht nur kassieren, sondern anstelle der Vorinstanz selbst ent-

712 Vgl. hienach II. 1.

scheiden und auch nicht gerügte Rechtsfehler korrigieren - Berufung als revisio in iure⁷¹³ -, ist weiter zu fragen, ob die obersten Gerichte ihre Befugnisse auch für die Fremdrechtsanwendung wahrzunehmen gewillt oder verpflichtet sind. Gegen eine Gleichstellung von inländischem und ausländischem Recht in dieser Hinsicht sind die verschiedensten Argumente vorgebracht worden. Auf sie ist kurz einzugehen.

Aufgabe der obersten Gerichte ist es vor allem, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und dadurch die Einheit des inländischen Rechts zu gewährleisten⁷¹⁴. Für das Bundesgericht als Berufungsinstanz ergibt sich diese Aufgabe aus Art. 43 des OG. Jede Fehlentscheidung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde ist eine Verletzung von Rechtsnormen und als solche zu verurteilen. "Sie berührt indessen nicht notwendig die Rechtseinheit. Die Fehlentscheidung bleibt für die Rechtseinheit belanglos, wenn der Sachverhalt, der ihr zugrunde liegt, nur unter besonderen Umständen und in seltenen Fällen von den Gerichten des Landes zu beurteilen ist."⁷¹⁵ Da die Anwendung ausländischen Rechts wegen ihres angeblichen Seltenheitscharakters lange Zeit als "Ausnahme" betrachtet wurde, hat man unter Einheitlichkeit des Rechts nur die Einheit inländischen Rechts verstanden. Die Anwendung ausländischen Rechts wurde davon ausgenommen⁷¹⁶. Dadurch konnte eine Ueberprüfung auch der Fremdrechtsanwendung umgangen werden. In der Tat treten Fälle mit Auslandsberührung in praxi seltener auf als reine Inlandfälle. Zudem variieren die Sachverhalte häufig, so dass nicht immer die gleichen Rechtsfragen zu beantworten sind. Indessen kann nicht verkannt werden, dass bei der zunehmenden Internationalisierung des Rechtsverkehrs sich auch eine

713 So ausgestaltet beispielsweise in der Schweiz: BGE 101 II 41 (46); siehe auch Schnitzer, Handbuch Bd. II 875. Zur Berufung im Hinblick auf die Ueberprüfung der Fremdrechtsanwendung ferner Engeland 4 ff; Zajtay, Application of Foreign Law 30; Schwind in Freiburger Kolloquium 12.

714 Zajtay, Lehre vom Tatsachencharakter 204; ders., Application of Foreign Law 35; Engeland 144.

715 Zajtay, Lehre vom Tatsachencharakter 204.

716 Engeland 144; Zajtay, Lehre vom Tatsachencharakter 205; ders., Stellung des ausländischen Rechts 107.

"uniformity of the application of foreign law"⁷¹⁷ als Problem stellt. Desgleichen vermehren sich die Rechtsgebiete, in denen immer wieder dieselben Rechtsfragen zu beantworten sind. Erwähnt seien beispielsweise die wiederkehrenden Fragestellungen in Zusammenhang mit dem Aufenthalt von Gastarbeitern und deren Familien im Inland. Die Wahrung der Rechtseinheit als Aufgabe der obersten Gerichte kann deshalb nicht mehr nur die Anwendung einheimischen Rechts betreffen⁷¹⁸. Das ist auch von einer Studienkommission der Internationalen Vereinigung der Richter erkannt worden⁷¹⁹:

"Obwohl die Kontrolle der Verletzung fremden Rechts für die obersten nationalen Gerichtshöfe eine viel schwierigere und delikater Aufgabe ist, als die Kontrolle der Anwendung des nationalen Rechts ..., ist die Kommission der Ansicht, es sei in Anbetracht der immer häufigeren Anwendung fremden Rechts erstrebenswert, dass eine ausgedehnte Kontrolle der Anwendung dieses Rechts die unumgängliche Einheit der Rechtsprechung und die Rechtssicherheit sichert ..."

Im weiteren wurden gegen eine Ueberprüfung der Fremdrechtsanwendung die Schwierigkeiten der Ermittlung ausländischen Rechts geltend gemacht⁷²⁰. Diese dürfen zugegebenermassen nicht übersehen werden. Doch stellen sich Probleme der Informationsbeschaffung nicht nur den obersten, sondern auch Gerichten unterer Instanz. Ja die Berufungsgerichte sind sogar am ehesten imstande, sich bei der kompetenten Stelle Auskünfte über das fremde Recht einzuholen. Für das schweizerische Bundesgericht eröffnet eine ausgezeichnete Möglichkeit (auch in örtlicher Hinsicht) die Schaffung des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung in Lausanne⁷²¹. Die

717 Zajtay, Application of Foreign Law 35.

718 Zajtay, Lehre vom Tatsachencharakter 206; ders., Stellung des ausländischen Rechts 107 u. 109; ders., Application of Foreign Law 35 f; Brauksiepe 125 f (mit weiteren Hinweisen); Engeland 145 f. - Nach wie vor anderer Ansicht z.B. Kralik, Iura novit curia 99 f; Rigaux in Freiburger Kolloquium 79.

719 Vgl. die Wiedergabe der Resolution v. 1966 bei Firsching, Anwendung 279 Ziff. II. 2.

720 Zajtay, Application of Foreign Law 34.

721 Vgl. vorne 2. Abschnitt § 2 II. 3.

Schwierigkeiten der Ermittlung sprechen nicht gegen eine Ueberprüfung der Fremdrechtsanwendung⁷²².

Teilweise in Verbindung mit dem eben genannten Argument steht die Sorge um das Ansehen der obersten Gerichte. Dieses könne, vor allem im Ausland, beeinträchtigt werden, da sich bei der Ueberprüfung einer Fremdrechtsanwendung mehr Fehler als sonst einschlichen⁷²³. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Die Angst vor Fehlurteilen kann durch vermehrte Beschäftigung mit ausländischen Rechten abgebaut werden. Im übrigen sind Fehlentscheide nicht vermeidbar. Der Rechtsuchende hat Anspruch darauf, dass die Gefahr einer Falschanwendung möglichst gering ist; dem kann nachgeholfen werden durch Revisibilität des ausländischen Rechts⁷²⁴.

Ernst zu nehmen, aber als hinreichendes Argument abzulehnen ist die Arbeitsüberlastung der obersten Gerichte. Es sind andere Wege - als die Irrevisibilität fremden Rechts - zu suchen, um diesen Missstand zu beheben⁷²⁵.

Theoretisch kann die Nichtüberprüfung der Fremdrechtsanwendung nicht mehr auf den angeblichen Tatsachencharakter des ausländischen Rechts gestützt werden. Dies ist heute in Lehre und Rechtsprechung anerkannt⁷²⁶.

722 Pointiert hat sich Schnitzer, Anwendung 94 geäußert: "Es ist deshalb unverantwortlich, den unteren Instanzen allein die Anwendung des fremden Rechts aufzuhalten, die dazu weniger qualifiziert sind als gerade ein hoher Gerichtshof."

723 U.a. APPERT bei Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 117.

724 Gegen das Argument mit dem Ansehen der Gerichte etwa Lalive, Tendances et méthodes 237; Brauksiepe 127; Schnitzer, Anwendung 94.

725 Brauksiepe 128. A.A. Hefti in Freiburger Kolloquium 13, mit der abschliessenden Bemerkung: "Die Lösung des Problems ist nicht in der Erhöhung der Zahl der Bundesrichter zu suchen, denn bekanntlich steht das Gewicht einer Behörde im umgekehrten Verhältnis zur Zahl ihrer Mitglieder."

726 Hiezu ausführlicher hinten 3.a.

2. Ueberprüfung der Anwendung von Kollisionsrecht

a. Lex fori

Die über das zuständige materielle Recht befindenden Kollisionsnormen gehören der *lex fori* an. Aus diesem Grund steht die Anwendung des inländischen Kollisionsrechts grundsätzlich einer Ueberprüfung durch die obersten Gerichte offen. Hierüber bestehen keine Zweifel⁷²⁷.

Im einzelnen können sich Differenzierungen ergeben, so dass nicht jede Verletzung des einheimischen Kollisionsrechts revisibel ist; das hängt von der jeweiligen Rechtsordnung ab. So lehnt beispielsweise das Bundesgericht die Ueberprüfung der Anwendung inländischen Kollisionsrechts ab, wenn es um die Zuständigkeit nur von ausländischen Rechten geht - und die Anwendbarkeit schweizerischen Sachrechts ausser Betracht fällt⁷²⁸. Unterschiedlich beantwortet wird die Frage, ob eine erstmalige Erörterung der Zuständigkeit ausländischen Rechts vor der Berufungs- oder Kassationsinstanz zulässig ist. In einem neueren Entscheid hat der österreichische OGH dazu folgendes ausgeführt⁷²⁹:

"Wenn sich hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Sache allenfalls nach ausländischem Recht zu beurteilen ist, muss sich der OGH damit auch ausserhalb der Revisionsausführungen von Amts wegen befassen, denn ausländisches Recht muss, sofern dies das inländische IPR verlangt, von den Gerichten von Amts wegen angewendet werden. Eine unrichtige Lösung kollisionsrechtlicher Probleme stellt eine Verletzung der inländischen Kollisionsnorm dar und muss deshalb im Rahmen der rechtlichen Beurteilung der Sache auch ohne, ja sogar gegen den Willen der Prozessparteien wahrgenommen werden."

Demgegenüber kann vor der französischen Cour de cassation die Anwendbarkeit ausländischen Rechts nicht zum ersten Mal geltend gemacht wer-

727 Zajtay, *Application of Foreign Law* 31; England 16.

728 Dazu hinten § 2 II. 1. a.

729 OGH v. 11.5.1976, abgedruckt in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 18 (1977) 297 (299).

den⁷³⁰. Diese Verschiedenheit hängt mit der unterschiedlichen Bestimmung und Anwendung des ausländischen Rechts zusammen. Oesterreich statuiert eine Anwendung von Amtes wegen⁷³¹, während in Frankreich keine solche Pflicht besteht⁷³²; zudem hat der französische Richter nicht einmal die kollisionsrechtliche Frage von Amtes wegen zu stellen⁷³³. Weitere Differenzierungen sind, je nach dem zuständigen Kollisionsrecht, möglich.

b. Fremdes Kollisionsrecht

Es ist eine Frage des inländischen Kollisionsrechts, ob die Kollisionsnormen der *lex fori* eine Sachnorm- oder eine Gesamtverweisung enthalten. Dieser Aspekt steht deshalb einer Ueberprüfung durch die höchsten Gerichte offen⁷³⁴.

Umstrittener ist die Ueberprüfung der Auslegung fremden Kollisionsrechts im Falle einer Gesamtverweisung. Erachtet man die Anwendung ausländischen Kollisionsrechts als Vorgang im Rahmen der von der *lex fori* angeordneten Anknüpfung, müsste eine solche Anwendung revisibel sein. Das ist, wenn diese Folgerung überhaupt gezogen wird, in praxi nur beschränkt der Fall. Die deutsche Rechtsprechung lässt eine Ueberprüfung zu, wenn es sich um eine Rückverweisung auf deutsches Sachrecht handelt⁷³⁵. Demgegenüber vertritt die französische Cour de cassation seit längerem die Meinung, hier gehe es um die Anwendung fremden Rechts; eine solche sei nicht revi-

730 Batiffol/Lagarde 424 u. 426; Loussouarn/Bourel 323; Zajtay, Application of Foreign Law 33. Zugelassen ist dies vor den unteren Berufungsgerichten: Loussouarn/Bourel a.a.O.

731 Siehe 2. Abschnitt § 1 III. 1. a. bb.

732 Siehe 2. Abschnitt § 1 III. 1. a. dd.

733 Siehe bei Anm. 45 ff.

734 Jagmetti 256 f; Engeland 47.

735 Raape/Sturm 313; Kegel, Internationales Privatrecht 232; Engeland 50; Zajtay, Application of Foreign Law 38; Batiffol/Lagarde 428.

sibel⁷³⁶. Uebereinstimmung herrscht hingegen in der Frage der Weiterverweisung. In einem solchen Fall lehnen es oberste Gerichte grundsätzlich ab, die richtige Anwendung des fremden IPR zu überprüfen, "wenn dieses auf ein drittes Recht verweist und eine Rückverweisung auf die lex fori ausser Frage steht"⁷³⁷. Auch diese Praxis ist unvereinbar mit dem kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl; der Vorgang der Weiterverweisung bewegt sich - ebenso wie eine Rückverweisung - noch im Bereich der Anknüpfung, d.h. der Anwendung inländischen Kollisionsrechts.

c. Offenlassen der Zuständigkeit eines bestimmten Rechts

Führen die zur Diskussion stehenden Sachrechte materiell zum gleichen Ergebnis, kann in manchen Rechtsordnungen die Bestimmung des zuständigen Rechts unterbleiben. Hierbei handelt es sich um das sog. Offenlassen der Rechtsanwendungsfrage⁷³⁸. Aufgabe der obersten Gerichte muss es sein, das Offenlassen als Frage der Anknüpfung zu überprüfen. Ging eine untere Instanz zu Unrecht von der Uebereinstimmung des ausländischen Rechts mit der lex fori aus und brachte sie das inländische Sachrecht zur Anwendung, so bedarf dieser Fehler der Korrektur⁷³⁹. Gleiches muss grundsätzlich dort gelten, wo irrtümlicherweise die Uebereinstimmung zweier ausländischer Rechte angenommen wurde. Im übrigen ist gegen das Offenlassen der Rechtsanwendungsfrage nichts einzuwenden, wenn die betreffenden Rechte tatsächlich übereinstimmen⁷⁴⁰.

736 Batiffol/Lagarde 428 f; Loussouarn/Bourel 324; mit Hinweisen auf Ausnahmen in der älteren Rechtsprechung Zajtay, Application of Foreign Law 38 sowie Engeland 49. - Zur Praxis des schweizerischen BGr. siehe hinten § 2 II. 1. a.

737 Engeland 55. Vgl. auch Raape/Sturm 313.

738 Vgl. vorne 1. Abschnitt § 2.

739 Zur Praxis des BGr. siehe hinten § 2 II. 1. a.

740 Siehe auch Neuhaus, Grundbegriffe 335; Kegel in Soergel/Siebert N 86 - 88 vor Art. 7; Behn 242 f. - Hievon ist zu unterscheiden die Frage, wie weit anwendbares (!) ausländisches Recht, das mit der lex fori übereinstimmt, revisibel ist. Wird die Überprüfung der Anwendung

3. Ueberprüfung der Anwendung fremden Sachrechts

a. Fremdes Recht als Tatsache oder als Rechtsnorm

Mit Ueberwindung der Lehre vom Tatsachencharakter des fremden Rechts⁷⁴¹ entfällt die Grundlage für Folgerungen aus dieser Lehre im Hinblick auf die Revisibilität. Früher ist jedoch eine Ueberprüfung der Anwendung ausländischen Sachrechts oft mit dem Argument abgelehnt worden, fremdes Recht komme einer Tatsache gleich; berufungsfähig seien aber nur Rechtsfragen⁷⁴². In mancher Rechtsordnung besteht eine Uebereinstimmung zwischen der Pflicht zum Nachweis ausländischen Rechts und dem Grundsatz der Irrevisibilität desselben. Ebenso entspricht häufig einer Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen das Recht, diese an den obersten Gerichtshof weiterzuziehen. Zwingend sind - wie sich zeigen wird - solche Parallelitäten nicht. Insbesondere lässt die Behandlung ausländischen Rechts im Verfahren keine Folgerungen mehr zu⁷⁴³.

b. Kollisionsrechtlicher Befehl, Irrevisibilität und Ausnahmen davon

Wird die Revisibilität der Anwendung ausländischen Sachrechts als wünschbar und notwendig erachtet, bedarf es zur Durchführung einer rechtlichen Grundlage. Diese kann im Anwendungsbefehl der inländischen Kollisions-

fremden Sachrechts allgemein abgelehnt (dazu hinten 3. und § 2 I. u. II. 1. b.), so erstreckt sich die Ablehnung auch auf solche Fälle. Vgl. Zajtay, Application of Foreign Law 37; Batiffol/Lagarde 433 f; Engeland 95 ff.

741 Siehe dazu ausführlich 2. Abschnitt § 1 I.

742 So lautet beispielsweise OG 43 III: "Das Bundesrecht ist durch Feststellung über tatsächliche Verhältnisse nicht verletzt ..."

743 So hat z.B. die französische Cour de cassation seit langem die Begründung mit dem angeblichen Tatsachencharakter des fremden Rechts aufgegeben: Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 81 f.

sionsnorm gefunden werden. In der Lehre war es vor allem ZAJTAY, der das einheimische IPR zur Begründung herangezogen hat. Nach ZAJTAY verlangt eine Kollisionsnorm nicht nur die richtige Bestimmung des zuständigen fremden Sachrechts, sondern auch dessen richtige Anwendung. Wird eine ausländische Sachnorm falsch angewendet (ausgelegt), so bedeutet diese Rechtsverletzung zugleich einen Verstoss gegen die einheimische Kollisionsregel. Weil die obersten Gerichte die richtige Handhabung des IPR überprüfen müssen - was allgemein anerkannt ist -, haben sie also ebenso die richtige Anwendung ausländischen Sachrechts zu kontrollieren⁷⁴⁴. Diese Argumentation erscheint im Lichte der kollisionsrechtlichen Anwendungslehre folgerichtig. In einer Rechtsordnung, die vom zwingenden Charakter des IPR ausgeht, bedarf es der Ueberprüfung der von der Kollisionsnorm angeordneten Fremdrechtsanwendung⁷⁴⁵. Allerdings folgen nicht alle Autoren dieser Betrachtungsweise. Sie stützen sich dabei auf die Rechtswirklichkeit, die zeigt, dass die Revisibilität der Anwendung ausländischen Sachrechts in der Mehrzahl der Staaten ausgeschlossen ist. Vor allem in der BRD wird die Ansicht vertreten, eine falsche Anwendung fremden Rechts bedeute nicht zwingend eine Verletzung der inländischen Kollisionsnorm⁷⁴⁶. Diese Autoren scheinen nicht unwesentlich von der bundesdeutschen Regelung beeinflusst zu sein, die vom Grundsatz der Irrevisibilität (was das fremde Sachrecht betrifft) ausgeht. Immerhin ist auch ausserhalb der BRD die Auffassung von ZAJTAY nicht unwidersprochen geblieben. Kein Geringerer als der französische Kollisionsrechtler MOTULSKY, Spezialist auf dem Gebiet der Fremdrechtsan-

744 Zajtay, *Application of Foreign Law* 34; ders., *Lehre vom Tatsachencharakter* 203; ders., *Stellung des ausländischen Rechts* 39; ders., *Grundfragen der Anwendung* 277.

745 Den Folgerungen von ZAJTAY hat sich auch die schweizerische Lehre angeschlossen: vgl. Lalive, *Tendances et méthodes* 239; Schnitzer, *Anwendung* 94 sowie die hinten in Anm. 749 genannten Autoren.

746 Neuhaus, *Grundbegriffe* 325 (mit nicht überzeugender Begründung); Dölle, *Anwendung fremden Rechts* 62 (von einem Autor wie DOELLE würde man mehr als nur Schlagwörter wie "spitzfindige Interpretation" oder "dialektischer Kunstgriff" erwarten); Müller, *Kolloquium Max-Planck-Institut* 74.

wendung⁷⁴⁷, hat die Argumentation mit dem kollisionsrechtlichen Befehl ebenfalls als nicht zwingend erachtet⁷⁴⁸. - Mag die Begründung für die Revisibilität unterschiedlich ausfallen, einig ist sich der überwiegende Teil der Lehre darin, dass - entgegen einer verbreiteten Praxis - die Ueberprüfung der Anwendung ausländischen Sachrechts notwendig ist⁷⁴⁹.

Steht eine Rechtsordnung auf dem Boden der Irrevisibilität, sieht sie sich zu Ausnahmen von diesem Grundsatz gezwungen. Eine erste Ausnahme besteht darin, allfällige Missbräuche bei der Anwendung ausländischen Rechts zu verhindern. Die Ueberprüfung der Anwendung muss mindestens dort offenstehen, wo das Ergebnis der Anwendung einer Denaturierung oder Entstellung des fremden Rechts gleichkommt⁷⁵⁰. In der Schweiz kann gegen ein solches Ergebnis mit der Willkürbeschwerde ans Bundesgericht vorgegangen werden⁷⁵¹. Das ist der Mindestschutz, den jede Rechtsordnung zur Verfügung stellen muss, will sie nicht die Fremdrechtsanwendung gänzlich dem Belieben unterer Gerichte überlassen. - Eine weitere Ausnahme von der Irrevisibilität wird in unterschiedlicher Weise dort gemacht, wo ausländisches Recht präjudiziell auf die Anwendung inländischen Sachrechts wirkt. Das ist

747 Siehe Einleitung Anm. 11, 2. Abschnitt Anm. 142 u. passim.

748 Motulsky, L'office du juge 371 f; ders., Condition de la loi étrangère 698: Auch MOTULSKY hat vor allem Stellung und Praxis der Cour de cassation im Auge.

749 Siehe u.a.: Lalive, Tendances et méthodes 239 f; Vischer, Kodifikation 103 f; Stauffer, Ueberprüfung ausländischen Rechts 496 ff, 499 (mit weiteren Hinweisen); Schnitzer, Anwendung 92 u. 94; Gentinetta 46 ff u. passim; Neuhaus/Kropholler in Vorschläge zur Reform 341; Dölle, Anwendung fremden Rechts 63; Kegel, Internationales Privatrecht 232; Raape/Sturm 312; Riezler 502; Brauksiepe 123 u. 131; Colin 807 u. passim (schon im Jahre 1890).

750 Zu dem aus dem französischen Recht stammenden Begriff der "dénaturation" Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 149 ff; ders., Application of Foreign Law 39; Batiffol/Lagarde 430 f; Motulsky, Condition de la loi étrangère 699 ff; Loussouarn/Bourel 323, 326 ff; Neuhaus/Kropholler in Vorschläge zur Reform 341; grundlegend auch Henri Batiffol, La Cour de cassation de France et la dénaturation de la loi étrangère, in: FS Hans Dölle Bd. II (Tübingen 1963) 209 - 216.

751 Dazu hinten § 2 II. 1. b.

etwa der Fall bei Vorfragen. Muss beispielsweise in einem Erbschaftsprozess die Stellung eines adoptierten Kindes nach der *lex fori* entschieden werden, ist nicht selten vorgängig die Wirksamkeit der Adoption nach ausländischem Recht abzuklären. Kommt ein solcher Erbenstreit vor ein oberstes Gericht, muss dieses sinnvollerweise neben dem inländischen Erbrecht auch die Anwendung des ausländischen Adoptionsrechts überprüfen (können). Hängt eine bestimmte Rechtsfolge von der Erfüllung kumulativer Voraussetzungen ab - wie z.B. nach NAG 7h⁷⁵² oder nach EGBGB 17 IV -, sehen sich oberste Gerichte zur Ueberprüfung auch der Anwendung fremden Rechts (welches die eine Voraussetzung abgibt) gezwungen⁷⁵³. - Vereinzelt andere Ausnahmen kommen vor und richten sich nach der jeweiligen Rechtsordnung⁷⁵⁴. Neue Ausnahmeregelungen können dort postuliert werden, wo in zunehmendem Masse vereinheitlichtes Sachrecht anzuwenden ist. Das führt zu der berechtigten Frage, ob der Katalog der Ausnahmen und Differenzierungen nicht durch eine grundsätzliche Zulässigkeit der Revisibilität zu ersetzen sei.

4. Ueberprüfung der Anwendung eines Ersatzrechts

Scheitert die Ermittlung ausländischen Rechts, wird zumeist die *lex fori* als Ersatzrecht berufen⁷⁵⁵. Diesfalls ist heute unbestritten, dass die Anwendung der *lex fori* als Ersatzrecht einer Ueberprüfung zugänglich ist⁷⁵⁶. In Rechtsordnungen, die auf dem Boden der Irrevisibilität stehen, dürfte die Anwendung eines "verwandten Rechts" als Ersatzrecht nicht überprüft werden.

752 Dazu hinten § 2 II. 1. b.

753 Vgl. Engeland 80 ff.

754 Siehe bei Zajtay, Application of Foreign Law 41 ff; Engeland passim.

755 Vgl. 2. Abschnitt § 3 II.

756 Engeland 106 (ff); Brauksiepe 98 f; zur "Geschichte" der Ersatzrecht-überprüfung in der Schweiz vgl. hinten § 2 II. 1. c.

§ 2 Positivrechtliche Regelung

I. Rechtsvergleichender Ueberblick

1. Einzelregelungen

Bevor auf die schweizerische Praxis und auf den Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz eingetreten wird, ist kurz ein rechtsvergleichender Ueberblick über die Regelungen in anderen Staaten zu geben. Dabei geht es ausschliesslich um die vor allem umstrittene Frage einer Ueberprüfung der Anwendung fremden Sachrechts⁷⁵⁷.

a. Nachbarstaaten der Schweiz

aa. Bundesrepublik Deutschland

Obwohl in der BRD das fremde Recht von Amtes wegen anzuwenden ist⁷⁵⁸, ist die Anwendung ausländischen Sachrechts grundsätzlich nicht nachprüfbar⁷⁵⁹. Davon gibt es allerdings eine Anzahl von Ausnahmen. In erster Linie ist eine gewisse, minimale Kontrolle über die amtswegige Ermittlung zu nennen. Auf Grund von § 293 der deutschen ZPO ist der Richter verpflichtet, den Inhalt fremden Rechts von sich aus festzustellen. Verstösst er gegen diese Pflicht, kann Revision gestützt auf die Verletzung von § 293 der ZPO eingelegt werden⁷⁶⁰. Das Rechtsmittel bietet indessen nur be-

757 Zur Revisibilität der Anwendung von Kollisionsrecht siehe vorne § 1 II. 2.

758 Vgl. 2. Abschnitt § 1 III. 1. a. aa.

759 IPRspr. 1977 Nr. 1. (mit weiteren Hinweisen); IPRspr. 1976 Nr. 2. (S. 7 f); IPRspr. 1975 Nr. 1.

760 IPRspr. 1976 Nr. 2. (S. 7 f); Müller, Kolloquium Max-Planck-Institut 78; Kegel in Soergel/Siebert N 90 vor Art. 7.

schränkten Schutz, ist es doch dem Richter und "seinem pflichtgemässen Ermessen überlassen, auf welche Weise er sich diese Kenntnisse des ausländischen Rechts verschafft⁷⁶¹". Entscheide aus jüngerer Zeit bestätigen, dass diesem Ermessen ein relativ breiter Raum gegeben ist⁷⁶². Immerhin mag im Einzelfall die Revisibilität möglicherweise ein letzter Ausweg sein⁷⁶³. Als weitere Ausnahme ist die Ueberprüfung der Fremdrechtsanwendung zulässig, wenn sich das ausländische Recht nach Verkündung des Berufungsurteils rückwirkend geändert hat⁷⁶⁴. Sodann ist die Anwendung ausländischen Rechts grundsätzlich revisibel im arbeitsgerichtlichen Verfahren und in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁷⁶⁵. De lege ferenda wird in der BRD - nicht zuletzt wegen der vielen schon heute bestehenden Ausnahmen - eine umfassende Revisibilität der Anwendung ausländischen Rechts postuliert⁷⁶⁶.

761 Urteil des BGH vom 30.3.1976, abgedruckt in IPRspr. 1976 Nr. 2. (S. 8).

762 Vgl. den sehr anschaulichen Fall in IPRspr. 1976 Nr. 2. (S. 8 f); siehe auch IPRspr. 1974 Nr. 2. (S. 18).

763 Vgl. Urteil des BGH vom 10.7.1975, abgedruckt in IPRspr. 1975 Nr. 1. (S. 2): Wegen der Nachprüfbarkeit, "ob die Ermittlung des ausländischen Rechts verfahrensrechtlich einwandfrei zustande gekommen ist", konnte in casu gerügt werden, dass bei der Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht die Vorschriften der ZPO über die Beweisaufnahme beachtet worden waren.

764 Kegel, Internationales Privatrecht 232; Raape/Sturm 313.

765 Firsching in Staudinger N 620 vor Art. 12 (Ziff. 3.); Kegel, Internationales Privatrecht 232; Raape/Sturm 312; Müller, Kolloquium Max-Planck-Institut 79. - Zu diesen und weiteren Ausnahmen auch Brauk-siepe 99 ff.

766 Siehe u.a. Müller, Kolloquium Max-Planck-Institut 79; Kegel, Internationales Privatrecht 232; Neuhaus/Kropholler in Vorschläge zur Reform 341, mit einem Vorschlag zur Neufassung von § 549 I der ZPO:

"Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt, oder auf der Verletzung fremden Rechts."

bb. Oesterreich

Seit je ist in Oesterreich anerkannt, dass die Anwendung ausländischen Sachrechts revisibel ist⁷⁶⁷. Damit stimmt diese Regelung mit der Anwendung fremden Rechts als solche überein; letztere ist von Amtes wegen vorzunehmen⁷⁶⁸. In einem bemerkenswerten Entscheid hat der österreichische OGH sodann ausgeführt, bei Nichtermittlung des fremden Rechts könne der angefochtene Entscheid an die Erstinstanz zurückgewiesen werden, um so alle Möglichkeiten für eine erneute Kontrolle zu wahren⁷⁶⁹:

"Die Nichtermittlung der anzuwendenden ausländischen ... Rechtsnormen ist ein Verfahrensmangel eigener Art. Das BerufungsG kann zwar diesen Mangel dadurch beheben, dass es sich die erforderlichen Kenntnisse selbst verschafft, es muss dies aber nicht tun, sondern kann die Beweisaufnahmen und Erhebungen hierüber auch dem Erstgericht auftragen und sich damit praktisch die Kontrolle der Anwendung des ausländischen Rechtes durch den Erstrichter vorbehalten. Das ist hier zweckmässig, weil die Zurück(ver)weisung der Rechtssache an die erste Instanz aus nachstehenden Gründen notwendig ist ..."

cc. Italien

Die grundlegenden Entscheide der Corte di Cassazione in den 60er Jahren - welche einer Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen zum Durchbruch verhalfen⁷⁷⁰ - unterstrichen auch deutlich die grundsätzliche Revisi-

767 Schwimann, Kolloquium Max-Planck-Institut 84; Schwind, Prinzipien 112; ders., Freiburger Kolloquium 12; Hoyer, Entscheidenmerkung in Zeitschrift für Rechtsvergleichung 14 (1973) 152.

768 Vgl. 2. Abschnitt § 1 III. 1. a. bb.

769 OGH v. 23.9.1975, abgedruckt in Zeitschrift für Rechtsvergleichung 18 (1977) 292 ff (293), mit Anmerkung von Schwind S. 294. Zu diesem Entscheid siehe, was die Anwendung von Kollisionsrecht betrifft, vorne bei Anm. 729.

770 Vgl. 2. Abschnitt § 1 III. 1. a. cc.

bilität der Anwendung ausländischen Sachrechts⁷⁷¹. Offen erscheint zur Zeit, wieweit sich jüngere Entscheidungen des Kassationshofs, die den Grundsatz der Anwendung von Amtes wegen wieder relativierten⁷⁷², ebenso auf die Revisibilität auswirken werden.

dd. Frankreich

Die richtige Anwendung des ausländischen Sachrechts wird von der französischen Cour de cassation dem Grundsatz nach nicht überprüft⁷⁷³. Kommt die Auslegung des fremden Rechts einer Entstellung ("dénaturation") gleich, ist das Anwendungsergebnis jedoch revisibel⁷⁷⁴. Seit einigen Jahren sodann prüft der Kassationshof in vermehrtem Umfang Begründung und Stichhaltigkeit der Auslegung nach. Im Anschluss an Art. 455 des neuen Code de procédure, der die Begründungspflicht von Entscheiden zum Gegenstand hat, scheint die Cour de cassation strengere Massstäbe bei der Ueberprüfung der Fremdrechtsauslegung anzusetzen. Dieser Schluss ist jedenfalls aus einer neueren Entscheidung des höchsten französischen Gerichts zu ziehen⁷⁷⁵. Danach wird fortan jeder Entscheid einer unteren Berufungsinstanz kassiert, wenn die Motive in der Entscheidungsbegründung widersprüchlich oder zuwenig aufschlussreich sind⁷⁷⁶. Diese erweiterte Kognitionsbefugnis der Cour de

771 Siehe (z.T. mit Zitaten aus der Rechtsprechung) Cappelletti, Kolloquium Max-Planck-Institut 38 f; Flore 384 f; Giuliano, Traitement du droit étranger 26 f.

772 Vgl. die Hinweise bei Anm. 137 ff vorne.

773 Zajtay, Stellung des ausländischen Rechts 31 u. 75 ff; Batiffol/Lagarde 425 ff; Loussouarn/Bourel 323 ff; Bellet, Freiburger Kolloquium 77. Zur Fremdrechtsanwendung selbst vgl. 2. Abschnitt § 1 III. 1. a. dd.

774 Siehe die Nachweise in Anm. 750.

775 Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.) vom 10. Okt. 1978, in: Revue critique de droit international privé 1979, 775 mit Entscheidenanmerkung von Courbe (S. 776 - 781).

776 Courbe a.a.O. (Anm. 775) 778.

cassation lässt die Revisibilität mit der Begründung einer "dénaturation" in den Hintergrund treten⁷⁷⁷.

b. Weitere⁷⁷⁸

In den USA und in England überprüfen die obersten Gerichte fast nur die Anwendung einheimischen Rechts, obwohl die Kognition des englischen House of Lords nicht darauf beschränkt ist und manche amerikanischen Einzelstaaten eine Revisibilität ausdrücklich zulassen⁷⁷⁹. In den lateinamerikanischen Staaten wird in zunehmendem Masse das ausländische Recht im Revisionsverfahren den einheimischen Normen gleichgestellt. Diese Entwicklung beruht auf dem Einfluss der interamerikanischen Uebereinkommen im Kollisionsrecht⁷⁸⁰. Die sozialistischen Rechte osteuropäischer Staaten gehen im allgemeinen von der Auffassung aus, die Anwendung ausländischen Rechts sei revisibel. Zur Begründung wird vor allem angeführt, die unrichtige Anwendung fremden Sachrechts bedeute einen Verstoß gegen die inländische Kollisionsregel⁷⁸¹. Die skandinavischen Länder dürften nach Ansicht der Lehre einer Ueberprüfung der Fremdrechtsanwendung positiv gegenüberstehen⁷⁸².

777 Courbe a.a.O. (Anm. 775) 780 f.

778 Zur Fremdrechtsanwendung in den hienach genannten Rechtsordnungen siehe vorne 2. Abschnitt § 1 III. 1. b.

779 Zajtay, Application of Foreign Law 30; Brauksiepe 121 f; Engeland 11; Nussbaum, Grundzüge 246 f.

780 Samtleben, Kolloquium Max-Planck-Institut 59 f, 60 ff; ders., Inter-amerikanische Spezialkonferenzen 286. Zu Spanien: Samtleben, Kolloquium Max-Planck-Institut 54 f; Zajtay, Application of Foreign Law 32; allgemein auch Miaja de la Muela 443 ff.

781 Luntz, Kolloquium Max-Planck-Institut 145 f (eine gewisse Abschwächung, mit ausdrücklichem Hinweis auf LUNZ, bringt Szászy 158); Katičić, Kolloquium Max-Planck-Institut 154 f.

782 Lando, Kolloquium Max-Planck-Institut 139 f; Zajtay, Application of Foreign Law 31.

2. Zusammenfassung

Ein rechtsvergleichender Ueberblick über die Regelungen in bezug auf die Revisibilität der Anwendung fremden Sachrechts zeigt zweierlei. Zum einen fällt auf, dass die Ueberprüfung der Anwendung weitgehend dem der Fremdrechtsanwendung zugrundeliegenden Normprinzip folgt. Ist ausländisches Recht von Amtes wegen zu ermitteln und anzuwenden, steht die Revisibilität grundsätzlich offen. Umgekehrt verhält es sich dort, wo Auslandsrecht nachzuweisen ist. Eine wichtige Ausnahme bildet die Bundesrepublik Deutschland: Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen, nicht jedoch unbeschränkte Revisibilität. (De lege ferenda dürfte sich dieser Zustand in der BRD allerdings ändern.) Zum zweiten ergibt ein rechtsvergleichender Ueberblick, dass ein System nicht mehr befriedigt, welches vom Grundsatz der Irrevisibilität ausgeht, sich aber zugleich zu immer mehr Ausnahmen und Einschränkungen gezwungen sieht. De lege ferenda ist daraus der Schluss zu ziehen, die Revisibilität - zusammen mit einer Fremdrechtsanwendung von Amtes wegen - einzuführen.

II. Rechtslage in der Schweiz

1. Stand der Rechtsprechung

a. Ueberprüfung der Anwendung von Kollisionsrecht

aa. Lex fori

Nach OG 43 kann mit der Berufung ans Bundesgericht "geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf einer Verletzung des Bundesrechtes mit Einschluss von Staatsverträgen des Bundes". Auf Grund dieser Vorschrift muss das BGr. die Anwendung des inländischen Kollisionsrechts überprüfen⁷⁸³. Zu den Kollisionsnormen der lex fori gehören nach OG 43 auch

783 Vgl. schon BGE 49 II 220 (224 f): Es ist "festzuhalten, dass die Frage, wieweit sich das Anwendungsgebiet des eidg. Privatrechts, - insbesondere in örtlicher Beziehung, - erstrecke, ihrer Natur nach diesem

die von der Schweiz ratifizierten Staatsverträge im Bereich des IPR⁷⁸⁴. Ob auf ein Rechtsverhältnis eidgenössisches oder ausländisches Recht anzuwenden ist, "hat das Bundesgericht von Amtes wegen zu prüfen"⁷⁸⁵. Diese Prüfung ist erforderlich - abgesehen von der Zugehörigkeit des IPR zum schweizerischen Privatrecht -, damit das BGr. sich Klarheit verschaffen kann im Hinblick auf die Ueberprüfung der Anwendung des Sachrechts. Ist ausländisches Recht in der Sache zuständig, überprüft das BGr. dessen Anwendung nicht (dazu hinten); die Anwendung schweizerischen Sachrechts ist hingegen revisibel⁷⁸⁶. Weil das BGr. die kollisionsrechtliche Frage von Amtes wegen prüfen muss, hat es in jedem Fall zu kontrollieren, ob in den Akten Hinweise auf einen Auslandsbezug enthalten sind. Plädieren die Parteien auf Grund der schweizerischen *lex fori*, muss das BGr. die qualifizierten Erfordernisse einer stillschweigenden Rechtswahl überprüfen, wenn nach objektiver Anknüpfung ein ausländisches Recht zuständig wäre⁷⁸⁷. Hat die kantonale Vorinstanz bei ausschliesslicher Anwendbarkeit eines fremden Rechts die schweizerische *lex fori* angewendet, weist das BGr. das angefochtene Urteil zu neuer Entscheidung an die kantonale Instanz zurück⁷⁸⁸. Verschiedentlich hatte das BGr. indessen ausgeführt, eine Rückweisung könne unterbleiben, wenn die kantonale Instanz ohnehin und erneut schweizerisches Recht anwenden würde⁷⁸⁹. Das kann der Fall sein, wenn die Parteien ausländisches Recht nicht nachweisen und nach kantonomer ZPO schweizerisches Recht als Ersatzrecht anzuwenden ist. Eine Rückweisung darf diesfalls aber nur unterbleiben, wenn die Parteien im Erstprozess bereits zum Nachweis des eventualiter zustän-

gehört. ... Danach beruht somit die Entscheidung der Vorinstanz auf der Anwendung der eidg. Rechtsanwendungsnormen und untersteht der Ueberprüfung des Bundesgerichts."

784 BGE 102 II 128 (135).

785 BGE 99 II 315 (317); auch BGE 96 II 79 (87).

786 BGE 96 II 79 (87).

787 BGE 99 II 315 (318). Zur stillschweigenden Rechtswahl siehe auch vorne bei Anm. 31 ff.

788 OG 60 I lit. c. Dazu BGE 96 II 79 (87).

789 Entscheidungsnachweise bei Engeland 39 ff.

digen Auslandsrechts angehalten wurden. Letzteres dürfte die Ausnahme sein. In allen andern Fällen muss deshalb zurückgewiesen werden, um den Parteien die Möglichkeit zum Rechtsnachweis zu geben. Kommen sowohl schweizerische wie ausländische Sachnormen zur Anwendung, hat das BGr. die Wahl, die Sache zu neuer Entscheidung zurückzuweisen oder das ausländische Recht (neben der *lex fori*) selbst anzuwenden⁷⁹⁰.

Obwohl das BGr. die Anwendung des schweizerischen IPR kontrollieren muss, überprüft es nach ständiger Rechtsprechung nicht, welches von zwei oder mehreren ausländischen Sachrechten anwendbar ist⁷⁹¹. "Zwar ist die Frage nach einer schweizerischen Kollisionsnorm zu entscheiden, doch betrifft sie nicht die Anwendung des schweizerischen Zivilrechts, sondern erscheint nur als Vorfrage auf einem Gebiete - Anwendung ausländischen Rechtes -, wo dem Bundesgericht jede Kognitionsmöglichkeit fehlt."⁷⁹² Das BGr. lehnt also die Ueberprüfung der kollisionsrechtlichen Frage deshalb ab, weil ihm danach die Ueberprüfung des einen oder andern Auslandsrechts ohnehin nicht zustehe. Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Wie bei der Frage, ob ausländisches oder schweizerisches Recht anwendbar sei, geht es auch hier um die Anwendung inländischen Kollisionsrechts. Zudem besteht in jenem Fall ebenso die Möglichkeit, dass nicht schweizerisches, sondern ausländisches Sachrecht zuständig ist. Dessen Anwendung überprüft das BGr. "in der Folge" auch nicht. Trotz einhelliger Kritik im schweizerischen Schrifttum⁷⁹³ hält das BGr. an seiner Rechtsprechung fest⁷⁹⁴. Im berühmten Fall "Zeiss" gegen "Zeiss" sah sich das oberste Gericht der Schweiz allerdings

790 OG 65. Dazu BGE 90 II 108 (119) u. 96 II 79 (87) sowie Gentinetta 7 und Engeland 16 u. 57.

791 BGE 98 II 231 (237); 91 II 117 (125 f); 67 II 215 (218).

792 BGE 67 II 215 (218).

793 Niederer 351; Schnitzer, Handbuch Bd. II 869 f; Vischer, Kodifikation 27 f u. 103; Gentinetta 61.

794 BGE 91 II 117 (126): "An dieser Rechtsprechung, die in der Literatur verschiedentlich angefochten worden ist..., ist grundsätzlich festzuhalten." In den Vernehmlassungen zum IPR-Entwurf zeigt sich das BGr. zu einer Aenderung dieser Haltung bereit: vgl. bei Anm. 833 hinten.

zu einer "Verdeutlichung" seiner Praxis gezwungen⁷⁹⁵. Danach kann die Praxis "nur gelten, wenn für die Erfüllung der Aufgabe der Berufungsinstanz unerheblich ist, welches ausländische Recht anwendbar sei"⁷⁹⁶. Als Beispiel hierfür nennt das BGr. die alleinige Frage nach der Anknüpfung eines Kaufvertrages. Hingegen sei die Kollisionsrechtsanwendung als Vorfrage zu überprüfen, wenn von ihrer Beantwortung die Anwendung schweizerischen Sachrechts als Hauptfrage abhängt. In casu musste vom BGr. überprüft werden, nach welchem ausländischen (!) Recht sich die Bildung des Namens der Parteien richtete. Davon hing ab, welche Anforderungen das schweizerische Gesetz über den unlauteren Wettbewerb an das Verhalten einer der Parteien stellte. Die Anwendung des schweizerischen UWG selbst war unbestritten ermassen revisibel.

Ueber die Frage des zuständigen Sachrechts befinden die kantonalen Gerichte bisweilen in einer selbständigen Zwischenentscheidung. Ein solcher kann in berufungsfähigen Rechtssachen sogleich beim BGr. angefochten werden, wenn dadurch ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten erspart werden kann⁷⁹⁷.

In nicht berufungsfähigen Entscheidungen einer letzten kantonalen Instanz stehen wichtige andere Rechtsmittel zur Verfügung. Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde kann, was allgemein zuwenig bekannt ist, erhoben werden, wenn statt des massgebenden eidgenössischen Rechts ausländisches Recht angewendet worden ist⁷⁹⁸. Ein kollisionsrechtlicher Fehlentscheid kann mit Nichtigkeitsbeschwerde jedoch dann nicht angefochten werden, wenn zu Unrecht schweizerisches anstelle von ausländischem Sachrecht für zuständig erklärt wurde. Das Prinzip des Heimwärtsstrebens hat hier eine

795 BGE 91 II 117 (126); Bestätigung in BGE 98 II 231 (237).

796 BGE 91 II 117 (126).

797 OG 50. In BGE 96 II 79 (87) wurde diese Möglichkeit ausdrücklich offengelassen. Hiezu auch Thouvenin 157 u. 167.

798 OG 68 I lit. a. Dazu Guldener 553 ff; Thouvenin 97 ff, 104 ff. Vgl. schon BGE 42 II 320 (323).

weitere Positivierung erfahren! - In Fragen der Anerkennung und Eintragung von Adoptionen, Ehescheidungen und anderen Statusentscheiden, in welchen die kantonalen Aufsichtsbehörden über das Zivilstandswesen eine Verfügung treffen, steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans BGr. offen. Viele wichtige IPR-Fälle gelangen auf dem Weg einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Beurteilung durch das BGr.^{798a}. - Als subsidiäres Rechtsmittel steht die staatsrechtliche Beschwerde zur Verfügung (OG 84), sei es als Willkürbeschwerde gegen eine willkürliche Anwendung inländischen Kollisionsrechts oder als Staatsvertragsbeschwerde wegen der Verletzung staatsvertraglicher Verfahrensnormen.

bb. Fremdes Kollisionsrecht

Enthält die schweizerische Kollisionsnorm eine Gesamtverweisung oder lässt sie - im Sinne einer Näherberechtigung - dem ausländischen Recht den Vorrang, ist fremdes Kollisionsrecht anzuwenden. Mit dem Argument, es handle sich diesfalls um eine (an sich zutreffende) Subsumtion unter fremdes Recht, lehnt das BGr. die Ueberprüfung der Anwendung ausländischen Kollisionsrechts ab⁷⁹⁹. Wie schon vorne dargelegt wurde⁸⁰⁰, ist diese Haltung mit der Tragweite der inländischen Kollisionsnorm unvereinbar. Die Anwendung fremden Kollisionsrechts erfolgt im Rahmen der von der lex fori angeordneten Anknüpfung; die Anwendung der kollisionsrechtlichen lex fori ist aber revisibel. In der Praxis des BGr. finden sich immer wieder Fälle, in denen ausnahmsweise fremdes Kollisionsrecht nachgeprüft wurde, wenn von dessen Auslegung die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts abhing⁸⁰¹.

798a Vgl. OG 97 i.V.m. 98 lit. g. BGE auf Grund einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden abgedruckt im Band Ib (Verwaltungsrecht); siehe z.B. BGE 104 Ib 6, 103 Ib 69 (70), 102 Ib 1 (3), 97 I 389 (391).

799 BGE 100 II 270 (273); weitere Entscheidungsnachweise aus der älteren Praxis bei Jagmetti 259 ff; Gentinetta 21 ff; Engeland 47 ff.

800 Siehe § 1 II. 2. b. dieses Abschnitts.

801 U.a. Gentinetta 25.

Aus jüngerer Zeit ist ein Fall zu nennen, in welchem das auf die Eröffnung der Erbschaft eines Schweizers mit letztem Wohnsitz in Italien anwendbare Recht zu bestimmen war⁸⁰². Im Rahmen von NAG 28 prüfte das BGr. ausführlich, ob Italien in seinen Kollisionsnormen Gerichtsbarkeit und Rechtszuständigkeit für diesen Fall beansprucht. Das BGr. kam zum Ergebnis, dass Italien die betreffenden Rechtsfragen dem Heimatrecht (in casu schweizerischem Sachrecht) unterwirft⁸⁰³. Unbeantwortet liess das oberste Gericht der Schweiz die grundsätzliche Frage nach der Revisibilität der Anwendung fremden Kollisionsrechts. Aus diesem Entscheid konnte deshalb nicht auf eine allfällige Praxisänderung geschlossen werden. Das zeigte sich schon ein Jahr später. Nach NAG 31 I war vom BGr. zu prüfen, ob das Recht des zaristischen Russlands, wo die schweizerischen Eheleute ihren ersten ehelichen Wohnsitz hatten, auf die güterrechtlichen Verhältnisse anwendbar sein wollte. Das BGr. verneinte die Revisibilität, indem es lapidar sagte⁸⁰⁴: "Da es sich bei dieser Frage um Inhalt und Auslegung ausländischen Rechts handelt, entzieht sie sich der Ueberprüfung durch das Bundesgericht im Berufungsverfahren." Der falsche Ansatz in dieser Argumentation ist offensichtlich.

cc. Offenlassen der Zuständigkeit eines bestimmten Rechts

Stimmen zwei Sachrechte ihrem Inhalt nach überein, mag die Rechtsanwendungsfrage offengelassen und eines der betreffenden Rechte angewandt werden⁸⁰⁵. Diesfalls wird es sich meistens um die *lex fori* handeln. Stimmen die Rechte nicht überein und wäre ausländisches Sachrecht zuständig, muss der kollisionsrechtliche Fehlentscheid korrigiert werden⁸⁰⁶. Lange Zeit hat

802 BGE 99 II 246 (252 ff).

803 BGE 99 II 246 (254).

804 BGE 100 II 270 (273).

805 Dazu vorne 1. Abschnitt § 2.

806 Vgl. § 1 II. 2. c. dieses Abschnitts.

das BGr. die Praxis des Offenlassens toleriert und die tatsächliche Uebereinstimmung von ausländischem und schweizerischem Sachrecht nicht überprüft⁸⁰⁷. Vor einigen Jahren änderte das BGr. seine Praxis, nachdem es bereits früher diese Rechtsprechung in Frage gestellt hatte⁸⁰⁸. Danach hebt das BGr. jetzt einen kantonalen Entscheid auf, wenn zu Unrecht eine Uebereinstimmung von ausländischem und schweizerischem Recht angenommen und deshalb die schweizerische *lex fori* angewendet wurde. Interessanterweise muss das BGr., um die Nichtübereinstimmung der beiden Rechte feststellen zu können, ausländisches Sachrecht überprüfen! Dies bedeutet eine Ausnahme von der Irrevisibilität der Anwendung fremder Sachnormen. Begründet wird die - an sich erfreuliche - Praxisänderung mit der Wahrung der Rechtsmittel. Weist eine Partei den Inhalt ausländischen Rechts nach (oder wird er gar von Amtes wegen ermittelt), sollen ihr allenfalls kantonale Rechtsmittel sowie die Willkürbeschwerde ans BGr. offenstehen⁸⁰⁹. Die staatsrechtliche Beschwerde könne nur ergriffen werden, wenn zuvor in einem Berufungsverfahren der kollisionsrechtliche Fehlentscheid korrigiert werde⁸¹⁰.

807 BGE 63 II 42 (45); weitere Hinweise in BGE 100 II 34 (40).

808 Praxisänderung in BGE 100 II 34 (41); Zweifel schon in BGE 94 II 355 (359).

809 BGE 100 II 34 (41): Der Berufungskläger hat die Möglichkeit "de recourir contre un jugement rendu en application de droit étranger, soit par un recours de droit cantonal, soit par un recours de droit public pour application arbitraire des règles de procédure cantonale ou du droit étranger".

810 BGr. a.a.O. (Anm. 809): "On ne peut exiger, qu'il forme en même temps un recours en réforme et un recours de droit public. Moyen subsidiaire, ce dernier recours est en effet irrecevable tant que la juridiction de réforme n'a pas déclaré le droit étranger applicable." - Zu diesem Entscheid auch Vischer in Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 30 (1974) 292.

b. Ueberprüfung der Anwendung fremden Sachrechts

aa. Grundsatz

Gestützt auf OG 43 überprüft das BGr. die Anwendung ausländischen Sachrechts grundsätzlich nicht⁸¹¹. Das oberste Gericht der Schweiz bezieht in seine Aufgabe, für die einheitliche Anwendung des Bundesrechts zu sorgen (BV 114 i.V.m. 64), nicht die Ueberprüfung der Anwendung fremden Rechts ein. Seine Ansichten hierüber hat das BGr. jüngst wieder in den Vernehmlassungen zum schweizerischen IPR-Entwurf zum Ausdruck gebracht⁸¹²:

"Das Argument, die Ueberprüfung der Anwendung schweizerischer Kollisionsregeln umfasse auch das durch diese Regeln als anwendbar erklärte ausländische Recht, schlägt nicht durch. Das internationale Privatrecht bestimmt das anwendbare Recht, d.h. ob schweizerisches oder ausländisches Recht zur Anwendung kommen soll. Es sagt aber nichts darüber aus, wie das als anwendbar erklärte ausländische Recht materiell anzuwenden sei."

Das BGr. verneint also einen Zusammenhang zwischen dem kollisionsrechtlichen Befehl und der Revisibilität der Anwendung fremden Rechts. Ebenso wenig überprüft das BGr. dort, wo ausländisches Recht nach der kantonalen ZPO nachzuweisen ist, die Handhabung der Fremdrechtsnachweise durch den kantonalen Richter. Aus ZGB 8 könne hiefür nichts entnommen werden⁸¹³.

bb. Ausnahmen

Wie in bezug auf die Irrevisibilität der Anwendung fremden Kollisionsrechts macht das BGr. auch hier Ausnahmen. Ihre Tragweite ist nicht immer klar, so dass die Praxis des BGr. zusätzlich kompliziert wird.

811 BGE 102 II 128 (135) u. 96 II 79 (87): mit weiteren Hinweisen auf ältere Entscheide. Siehe auch Gentinetta 8 f.

812 Vernehmlassungen 64.

813 Vgl. BGE 75 II 102/103 und den unveröffentlichten BGE v. 15.12.1977 i.S. "Womack" gegen "Womack", wo auf S. 4 ausgeführt wird: "L'art. 8 CC ne règle pas la façon dont le juge doit apprécier les preuves

In jüngeren Entscheiden betonte das BGr. mehrmals, dass als letzte Korrekturmöglichkeit gegenüber einer Falschanwendung ausländischen Rechts die staatsrechtliche Beschwerde zur Verfügung stehe. Damit entspricht die Rechtslage in der Schweiz ähnlichen Behelfen im Ausland, welche eine "dénaturation" fremden Rechts verhindern wollen⁸¹⁴. Mit der staatsrechtlichen Beschwerde - als Willkürbeschwerde - kann nach OG 84 I lit. a. i.V.m. 84 II die offensichtlich falsche, willkürliche Anwendung ausländischen Rechts gerügt werden. Die Rüge ist in gleicher Weise statthaft wie eine Beschwerde gegenüber der Auslegung kantonalen Rechts. Im Entscheid "Vantini" gegen "Vantini" hat das BGr. folgende Grundsätze festgehalten⁸¹⁵:

"I.- Le recours en réforme n'étant ouvert que pour violation du droit fédéral, il est possible au regard de l'article 84 alinéa 2 O.J.F., de former un recours de droit public pour application arbitraire de la loi étrangère.

II.- Est arbitraire au sens de l'article 4 C.F. la décision manifestement fausse, qui viole d'une manière grave et indiscutable une norme juridique ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice.

En matière d'administration des preuves, seule une appréciation manifestement insoutenable peut être censurée.

La Cour de droit public n'examine que les griefs articulés."

In casu ging es um die Würdigung des Nachweises von italienischem Eherecht für die Zulassung einer Trennung nach NAG 7i. Eine willkürliche Auslegung des italienischen Codice civile durch die kantonale Vorinstanz wurde verneint. Trotz den begrüßenswerten Grundsatzerwägungen offenbarte der Entscheid zwei kritische Punkte. Zum einen bleibt die Kognition des BGr. auf die Willkürprüfung beschränkt. In vielen Fällen dürfte aber die Falschanwendung nicht "offensichtlich" sein. Zum zweiten muss der Beschwerdeführer dartun,

administrées ... Cette appréciation ne peut être attaquée que par la voie de recours de droit public pour violation de l'art. 4 Cst. Les critiques de la recourante sur ce point échappent donc à la censure de la juridiction fédérale de réforme."

814 Siehe bei Anm. 750 vorne.

815 BGE v. 7.3.1974 in Semaine Judiciaire 96 (1974) 593 - 597 (593 f); in der offiziellen BGE-Sammlung nicht publiziert.

worin die Auslegung fremden Rechts oder die Würdigung der Nachweise durch den kantonalen Richter willkürlich ist. Hiezu bleibt der Beschwerdeführer häufig auf neue Gutachten angewiesen. Der in der jüngeren Rechtsprechung des BGr.⁸¹⁶ genannte Behelf der staatsrechtlichen Beschwerde bietet also nur relativen Schutz.

Eine weitere Ausnahme von der Irrevisibilität der Anwendung fremden Sachrechts macht das BGr. dort, wo die Parteien ausländisches Recht durch materiellrechtliche Verweisung zum Vertragsinhalt erheben. Diesfalls ist das BGr. im Berufungsverfahren zuständig, die Auslegung eines solchen Vertrages (als Rechtsfrage) zu überprüfen⁸¹⁷.

Mühe bereitet es dem BGr., seine Ueberprüfungskognition bei der kumulativen Anwendung von ausländischem und schweizerischem Recht festzulegen. Als Beispiel sei der wichtige Art. 7h des NAG genannt. Nach dieser Bestimmung kann ein Ausländer am schweizerischen Wohnsitz auf Scheidung klagen, "wenn er nachweist, dass nach Gesetz oder Gerichtsgebrauch seiner Heimat der geltend gemachte Scheidungsgrund zugelassen und der schweizerische Gerichtsstand anerkannt ist". Die Scheidung selbst erfolgt nach schweizerischem Recht. Anfänglich hatte das BGr. im Berufungsverfahren das Vorhandensein beider Voraussetzungen - Zulassung des Scheidungsgrundes und Anerkennung des schweizerischen Forums im ausländischen Recht - überprüft. Begründet wurde diese Ausnahme von der Irrevisibilität mit dem Argument, es gehe um die Anwendung schweizerischen Rechts⁸¹⁸. In späteren Entscheiden hat das BGr. zwar weiterhin die Frage der Anerkennung des Gerichtsstandes geprüft, jedoch nicht mehr - von einer Ausnahme

816 Neben dem genannten BGE (vgl. Anm. 815) sind auch früher erwähnte Entscheide anzuführen: BGE 100 II 34 (41) sowie der unveröffentlichte Entscheid "Womack" gegen "Womack" (vgl. Anm. 813).

817 BGE 74 II 81 (85 f); zu einer solchen Auslegung als Rechtsfrage BGE 87 II 234 (237).

818 Vgl. die Auseinandersetzung mit der älteren Praxis in BGE 100 II 261 (264). Siehe auch Stauffer, Ueberprüfung ausländischen Rechts 494 u. Engeland 80 ff.

abgesehen - die Zulassung des Scheidungsgrundes nach Heimatrecht⁸¹⁹. In zwei neueren Entscheiden bekam das BGr. Gelegenheit, seine Praxis zu überdenken. An der Ueberprüfung der Anerkennung des Gerichtsstandes hält das BGr. fest⁸²⁰. Die Frage der Prüfung des Scheidungsgrundes konnte im ersten Entscheid offengelassen werden⁸²¹. Im zweiten Entscheid brauchte darauf ebenso nicht eingetreten zu werden, weil diese Voraussetzung von der Vorinstanz bejaht wurde und im Berufungsverfahren nicht mehr streitig war⁸²². Eine Rückkehr zur alten Praxis scheint immerhin nicht ausgeschlossen. Sie ist auch wünschbar, muss das BGr. doch für den Scheidungsgrund nicht grösseren Aufwand betreiben, als dies für die Nachprüfung der Anerkennung des Gerichtsstandes erforderlich ist⁸²³. Die Rechtsprechung zu NAG 7h hinterlässt die Frage, weshalb das oberste Gericht der Schweiz nicht auch in andern Fällen die Anwendung ausländischen Sachrechts überprüfen kann.

Weitere Ausnahmen vom Grundsatz der Irrevisibilität ergeben sich für die Ueberprüfung der Bestimmung des zuständigen Rechts. Wie vorne dargelegt wurde, kann das BGr. bisweilen für die kollisionsrechtliche Frage nicht auf die Anwendung ausländischen Sachrechts verzichten⁸²⁴. Nach OG 65 ist das BGr. befugt, ausländisches neben schweizerischem Recht anzuwenden, wenn die Vorinstanz zu Unrecht nur schweizerische Sachnormen beigezogen hatte⁸²⁵.

819 BGr. a.a.O. (Anm. 818); Begründung: Es handle sich um die Anwendung ausländischen Rechts!

820 BGE 100 II 261 (264 f); BGE 103 II 6 (10).

821 BGE 100 II 261 (265).

822 BGE 103 II 6 (15).

823 Der Entscheid 103 II 6 (10 ff) zeigt mit aller Deutlichkeit, dass das BGr. imstande ist, sich über ausländisches Recht in gehörigem Umfang zu informieren und sich damit auseinanderzusetzen!

824 Vgl. das sog. Offenlassen der Rechtsanwendungsfrage bei Anm. 805 ff. Im Hinblick auf einen Renvoi oder eine Näherberechtigung ist fremdes Sachrecht auf "versteckte" Kollisionsnormen zu untersuchen; zur Revisibilität der Anwendung fremden Kollisionsrechts in der bundesgerichtlichen Praxis siehe bei Anm. 799 ff.

825 Siehe die Hinweise in Anm. 790.

c. Ueberprüfung der Anwendung eines Ersatzrechts

Während vielen Jahren hat das BGr. die Anwendung schweizerischen Sachrechts nicht überprüft, wenn dieses anstelle des nicht ermittelten Auslandsrechts als Ersatzrecht angewendet worden war. Dabei ging man von der Fiktion der inhaltlichen Uebereinstimmung des fremden mit dem schweizerischen Recht aus. "Nicht schweizerisches, sondern ausländisches Recht ist verletzt, wenn der Richter die als Ersatzrecht herbeigezogenen schweizerischen Normen unrichtig auslegt."⁸²⁶ Im Grundsatzentscheid "Sznajer" gegen "Rodi & Wienenberger AG" vom 11. Mai 1966 hat das BGr. seine vielfach kritisierte Rechtsprechung geändert⁸²⁷. Die Fiktion der inhaltlichen Uebereinstimmung von ausländischem und schweizerischem Recht wurde als nicht haltbar aufgegeben. Auf sie wird auch nicht mehr abgestellt, wenn eine kantonale ZPO explizit davon ausgeht. Danach ist jede Anwendung schweizerischen Rechts als Ersatzrecht revisibel, unabhängig von der Art der Berufung durch die kantonale ZPO⁸²⁸.

2. Entwurf zu einem schweizerischen IPR-Gesetz

Im 13. Titel (Schlussbestimmungen) bringt der Entwurf in Art. 190 eine Ergänzung des OG. Durch einen neuen Art. 43a soll auch "ausländisches Recht" der Berufung zugänglich gemacht werden. Die Bestimmung lautet:

826 BGE 88 II 195 (203). Zur früheren Rechtsprechung des BGr. vgl. ausführlich BGE 92 II 111 (118 ff); Engeland 103 ff; Gentinetta 35 ff.

827 BGE 92 II 111 (118 ff, 126).

828 Das BGr. gelangt a.a.O. (Anm. 827, S. 126) "zum Schluss, dass gleich wie die unmittelbare auch die bloss subsidiäre Anwendung schweizerischen Rechts durch den kantonalen Richter vom Bundesgericht überprüft werden kann, und zwar ohne Rücksicht darauf, wie das kantonale Prozessrecht oder die kantonale Rechtsprechung die subsidiäre Heranziehung des schweizerischen Rechts begründen." - Zum Ersatzrecht und zu dessen Ueberprüfung siehe auch vorne § 1 II. 4. dieses Abschnitts und 2. Abschnitt § 3 II. 2.

"¹ Die Berufung an das Bundesgericht ist auch zulässig wegen Verletzung des ausländischen Rechts, wenn dessen Anwendung durch das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vorgeschrieben ist.

² Mit der Berufung kann geltend gemacht werden, die angefochtene Entscheidung habe das anwendbare ausländische Recht nicht oder falsch angewendet oder habe die Unmöglichkeit der Ermittlung des fremden Rechts zu Unrecht festgestellt."

Der Schlussbericht der Expertenkommission führt dazu aus⁸²⁹:

"Die Verpflichtung, das ausländische Recht von Amtes wegen anzuwenden, bedingt, dass das Bundesgericht die diesbezügliche Rechtsanwendung durch die unteren Instanzen überprüft. Dazu gehört nicht bloss, dass die Anwendung der schweizerischen Kollisionsnorm überwacht wird, sondern auch, dass überprüft wird, ob unter mehreren ausländischen Rechten das richtige für anwendbar erklärt und ob dieses richtig angewandt und ausgelegt wurde."

Nach den in diesem Abschnitt durchgeführten Untersuchungen ist der Meinung der Expertenkommission zuzustimmen. Der heutige Stand der kollisionsrechtlichen Anwendungslehre verlangt nach diesen Folgerungen. Insbesondere ist eine Uebereinstimmung von Fremdrechtsanwendung (Art. 15 des Entwurfs) und Umfang der Revisibilität anzustreben. Wollte man auf eine umfassende Ueberprüfung durch das BGr. verzichten, sollte auch der Mut zu einem Fakultativen Kollisionsrecht aufgebracht werden. Die vorgeschlagene Regelung hat den weiteren Vorteil, dass sie die bundesgerichtliche Praxis, die eine Ansammlung fragwürdiger Grundsätze, Differenzierungen und Ausnahmen darstellt, einem einheitlichen Prinzip unterwirft. Sie ist aus der Sicht der neueren Methodenlehre zu begrüßen, welche nicht mehr strikt zwischen der Anknüpfung und der Anwendung unterscheidet; die Ebenen durchdringen sich. Als Beispiel sei die Sonderanknüpfung von drittstaatlichen Eingriffsnormen genannt⁸³⁰. Das BGr. muss im übrigen schon heute in vielen Fällen ausländisches Sachrecht nachprüfen. Ihm ist also die Anwendung fremden Rechts nicht unbekannt.

829 Schlussbericht 307.

830 Vgl. vorne 3. Abschnitt § 4 II.

Die Vernehmlassungen und die Stellungnahmen der Wissenschaft sind ausgeglichen. Ungefähr die Hälfte der Äusserungen heisst die vorgeschlagene Regelung gut, die andere Hälfte lehnt sie ab⁸³¹. Von besonderem Gewicht ist die ablehnende Haltung der Expertenkommission für die Revision der Bundesrechtspflege, deren Präsident Bundesrichter Hans DUBS ist. Die Vorstellungen dieser Expertenkommission decken sich mit den Ansichten des BGr. Die Expertenkommission wörtlich⁸³²:

"Das Bundesgericht hat einzig den Auftrag, die einheitliche und richtige Anwendung des Bundesrechts gegenüber den kantonalen Gerichten durchzusetzen (Art. 114 BV in Verbindung mit Art. 64 BV). Die Anwendung ausländischen und kantonalen Rechts sowie die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gehören nicht zu seinem Aufgabenkreis. In diesen drei Bereichen ist der Rechtsschutz des Bürgers auf die verfassungsmässigen Rechte beschränkt. Hiefür steht die staatsrechtliche Beschwerde zur Verfügung. Artikel 43a OG bricht mit dieser Ordnung, und zwar gerade zu Gunsten des ausländischen Rechts, was nicht gerechtfertigt ist ...

Gegen den Artikel 43a OG spricht endlich die unaufhaltsam steigende Geschäftslast des Bundesgerichts. Eine Ausdehnung der bundesgerichtlichen Kognition auf ausländisches Recht wird mit Sicherheit zu einer zusätzlichen und schwer abschätzbaren Mehrbelastung des Bundesgerichts als Berufungsinstanz führen."

Neu erklärt sich das BGr. einzig bereit, im Rahmen der kollisionsrechtlichen Frage zu überprüfen, welches von mehreren ausländischen Rechten das zuständige ist⁸³³. Die Argumente der Expertenkommission für die Revision der Bundesrechtspflege und der übrigen negativen Stellungnahmen sind nicht neu. Sie sprechen nicht gegen eine umfassende Ueberprüfung der Fremd-

831 Befürworter: In den Vernehmlassungen CVP (640), Schweizerischer Anwaltsverband (642), Vorort (643); im Freiburger Kolloquium VISCHER (4), SCHWIND (12), BROGGINI (78); in Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 35 (1979) 46 HOYER. Gegner: In den Vernehmlassungen Expertenkommission für die Revision der Bundesrechtspflege (643 f), Vaud (638), FDP (639), SVP (639), Uni Lausanne (640 f); im Freiburger Kolloquium BYSTRICKY (12), HEFTI (13), BELLET (77), RIGAUX (79).

832 Vernehmlassungen 643 f.

833 BGr. in Vernehmlassungen 64.

rechtsanwendung⁸³⁴. Sollte man der bundesgerichtlichen Auffassung folgen, wäre auch Art. 15 des Entwurfs in Frage zu stellen und die Einführung eines Fakultativen Kollisionsrechts zu erwägen⁸³⁵.

Wird die vorgeschlagene Regelung des Entwurfs beibehalten, so ist sie in den bestehenden Art. 43 des OG einzugliedern⁸³⁶. Dies kann ohne Probleme geschehen. Zudem ist nach dem jetzigen Vorschlag das Verhältnis von OG 43 I und 43a I unklar, wenn die Verweisung auf Grund eines Staatsvertrages erfolgt. Absatz 1 von OG 43a kann wegfallen, da OG 43 I auch ein künftiges IPR-Gesetz umfasst. Absatz 2 von OG 43a könnte als neuer Absatz zwischen die Absätze 2 und 3 von OG 43 geschoben werden. In Uebereinstimmung mit dem zu korrigierenden Art. 15 des Entwurfs ist in OG 43a II durchgehend nicht von "ausländischem", sondern von "fremdem" Recht zu sprechen⁸³⁷.

834 Siehe dazu § 1 II. 1. u. passim in diesem Abschnitt.

835 Vgl. 1. Abschnitt § 1 II. , 2. Abschnitt § 1 II. u. III. 2. d.

836 Wie hier auch Expertenkommission für die Revision der Bundesrechtspflege, in Vernehmlassungen 645.

837 Siehe am Ende von § 1 III. 2. d. des 2. Abschnitts. - Dem Entwurf ist im übrigen zuzustimmen, dass das Wort "nur" in OG 43 I wegfallen muss.

Anhang: Bestimmungen des Entwurfs zu einem schweizerischen IPR-Gesetz vom 30. Juni 1978 über die Fremdrechtsanwendung

Erster Titel: GEMEINSAME BESTIMMUNGEN

Dritter Abschnitt: RECHTSANWENDUNG

Artikel 13

I. Tragweite der Kollisionsnorm

¹ Die Kollisionsnormen ausländischer Rechte werden nur berücksichtigt, wenn dieses Gesetz es vorsieht.

² Die Verweisung umfasst alle Bestimmungen, die nach ihrem Zweck auf einen Sachverhalt anwendbar sind.

³ Die Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts ist dadurch, dass ihr ein öffentlichrechtlicher Charakter zugeschrieben wird, nicht ausgeschlossen.

Artikel 14

II. Ausnahme von der ordentlichen Anknüpfung

Das in diesem Gesetz bezeichnete Recht ist ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn der Sachverhalt nach den gesamten Umständen mit dem bezeichneten Recht in nur geringem, mit einem anderen Recht jedoch in offensichtlich engerem Zusammenhang steht.

Artikel 15

III. Anwendung ausländischen Rechts

¹ Der schweizerische Richter stellt den Inhalt des ausländischen Rechts von Amtes wegen fest.

² Er kann die Mitwirkung der Parteien verlangen. Die von diesen angebotenen Beweismittel würdigt er frei.

³ Ist der Inhalt des ausländischen Rechts nicht feststellbar, so berücksichtigt der Richter das nächstverwandte Recht. Bei Fehlen eines solchen wendet er schweizerisches Recht an.

Artikel 16

IV. Teilrechtsordnungen

¹ Verweist dieses Gesetz auf das Recht eines Staates mit mehreren Teilrechtsordnungen, ohne auch die massgebende Teilrechtsordnung zu bezeichnen, so bestimmt sich nach dem interlokalen oder interpersonalen Recht dieses Staates, welche Teilrechtsordnung anzuwenden ist.

² Fehlen interlokale oder interpersonale Bestimmungen, so ist diejenige Teilrechtsordnung anzuwenden, die mit dem Sachverhalt in engstem Zusammenhang steht.

Artikel 17

V. Ordre public
1. der Schweiz

¹ Die Anwendung des ausländischen Rechts ist ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar ist.

² Gleiches gilt, wenn eine Bestimmung des schweizerischen Rechts im Hinblick auf ihren besonderen Zweck ausschliessliche Geltung beansprucht.

Artikel 18

2. eines ausländischen
Staates

Unter Vorbehalt von Artikel 17 können die Bestimmungen eines anderen als des nach diesem Gesetz anwendbaren ausländischen Rechts angewendet oder berücksichtigt werden, wenn sie im konkreten Fall und im Hinblick auf ihre besondere Zielsetzung ausschliessliche Geltung beanspruchen und wenn nach Ermessen des Richters:

- a. der Sachverhalt mit diesem Recht in einem genügend engen Zusammenhang steht;
- b. das Interesse daran, dass dieses Recht angewendet oder berücksichtigt wird, offensichtlich überwiegt; und
- c. das Interesse daran, dass dieses Recht angewendet oder berücksichtigt wird, im Hinblick auf die Umstände des Falles und auf den von diesem Recht verfolgten Zweck als schützenswert anzuerkennen ist.

Dreizehnter Titel:

SCHLUSSBESTIMMUNGEN

Erster Abschnitt:

ÄNDERUNG UND AUFHEBUNG BISHERIGEN
RECHTS

Artikel 190

I. Bundesgesetz über
die Organisation der
Bundesrechtspflege

Das Bundesgesetz über die Organisation
der Bundesrechtspflege wird wie folgt geändert:

Artikel 43 Absatz 1'

Berufungsgründe
a) Bundesrecht und
Staatsverträge

¹ Mit Berufung kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf einer Verletzung des Bundesrechtes mit Einschluss von Staatsverträgen des Bundes. Wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger bleibt die staatsrechtliche Beschwerde vorbehalten.

Artikel 43a (neu)

b) ausländisches
Recht

¹ Die Berufung an das Bundesgericht ist auch zulässig wegen Verletzung des ausländischen Rechts, wenn dessen Anwendung durch das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vorgeschrieben ist.

² Mit der Berufung kann geltend gemacht werden, die angefochtene Entscheidung habe das anwendbare ausländische Recht nicht oder falsch angewendet oder habe die Unmöglichkeit der Ermittlung des fremden Rechts zu Unrecht festgestellt.

LEBENS LAUF

Geboren am 29. November 1952 in Thalwil (ZH). Primarschule in Thalwil. Gymnasium an der Stiftsschule Einsiedeln (SZ). Dasselbst Matura Typus A im Jahre 1973. Immatrikulation an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich im Wintersemester 1973/74. Lizentiat im Juni 1978, Promotion zum Dr. iur. am 27. Mai 1981. Seit Anfang 1979 wissenschaftlicher Assistent bei Herrn Prof. Dr. M. Keller (Zürich) für Internationales Privatrecht und Obligationenrecht.

